

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RENATA SILVA CINTRA

O DANO SOCIAL NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

CURITIBA

2015

RENATA SILVA CINTRA

O DANO SOCIAL NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

Monografia de conclusão de curso apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Manoel Caetano Ferreira Filho

CURITIBA

2015

RESUMO

O dano social é um novo dano civil, característico da hipermodernidade e da sociedade de hiperconsumo do século XXI, que afeta principalmente o âmbito consumerista. É pertencente à esfera extrapatrimonial, mas não se confunde com o dano moral, uma vez que possui como características primordiais a punição e a prevenção, ao passo que os danos puramente morais têm suas raízes fundadas nas funções de reparar e compensar. Também se difere dos *punitives damages* - comumente aplicados em países que adotam o sistema jurídico *Common Law* - em razão de sua origem, hipóteses de aplicação e mecanismos processuais de condenação. Segundo a conceituação dada por Antonio Junqueira de Azevedo, a indenização em decorrência do dano social só é aplicável em determinadas situações, quando ficar comprovado o rebaixamento da qualidade de vida de uma coletividade em razão de um fato danoso, praticado com dolo ou culpa grave, ou por um comportamento não exemplar. Ademais, apesar de sua designação, ele não deve ser destinado a nenhum fundo social, já que não há nenhuma regulamentação nesse sentido, mas sim ao próprio indivíduo que sofreu o dano. Buscou-se traçar um paralelo entre os danos sociais e as relações consumeristas, uma vez que estas apresentam condições favoráveis para que eles ocorram: presumida vulnerabilidade do consumidor e ocorrência massiva. Não obstante sua frequente aparição em relações cotidianas, o dano social ainda é um conceito novo na doutrina e na jurisprudência, e, em razão disto, é confundido com outros tipos de dano. Defende-se, portanto, que, para sua correta aplicação, o juiz proceda à qualificação jurídica do dano social a partir do pedido indenizatório do ofendido quando este recorrer ao Judiciário retratando tal situação.

Palavras-chave: Hipermodernidade. Direito do Consumidor. Dano social. Função social da responsabilidade civil.

ABSTRACT

The social damage is a new kind of civil damage, typical of hypermodernity and of the hyper consumption society of the XXI Century, which occurs mostly in the consumerist ambit. It belongs to the non-patrimonial sphere, but cannot be compared to the moral damage as we know it. That is because its leading characteristics are punishment and prevention whereas the pure moral damage is based on repairing and fixing the harm caused. Additionally, it differs from the punitive damages, constantly applied in countries that adopt the common law juridical system. What represents this difference is its causation, application hypothesis and condemnation procedural mechanisms. According to the conceptualization of Antonio Junqueira de Azevedo, the indemnification in behalf of some social damage can only be applied in specific situations, when it is clearly proved that it led to degradation of quality of life of a collectivity due to a harmful fact, practiced with fraud or serious fault, or for a non exemplary act. And at odds with its name, it is not set to any type of social institution, but to the character him/herself who suffered the damage (justified for the fact that this person is a part of the society as well). A parallel between the social damages and the consumer relations was developed, once they have favorable conditions for their occurrence: presumed vulnerability of the consumer and massive occurrence. Regardless of the frequent appearance in daily relationships, the social damage is still a new concept in the doctrine, and that is why it is usually misunderstood as other types of damage. Therefore, for a correct indemnification, the judge should not stick to the legal qualification given by the victim, when the individual comes to the justice picturing a flagrant situation involving social damage.

Keywords: Hypermodernity. Consumers Rights. Social damage. Social Function of civil responsibility.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	6
2. UMA BREVE HISTÓRIA DO CONSUMO	8
2.1. Consumidores: da subsistência a símbolo do capitalismo.....	8
2.2 O impacto da revolução industrial sobre a produção e o consumo	10
2.3 A sociedade de consumo.....	13
2.4 Sociedade de Hiperconsumo.....	14
3. AS ORIGENS DO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	18
3.1 Código de Defesa do Consumidor <i>versus</i> Código Civil	18
3.2 Direito comparado	20
3.3 Histórico no Brasil.....	22
3.4 A constitucionalização do direito civil brasileiro	24
3.5. Peculiaridades do Código de Defesa do Consumidor.....	26
4. NOVA CATEGORIA DE DANO: O DANO SOCIAL	32
4.1 As novas categorias de dano na sociedade de riscos.....	32
4.2 O dano social.....	34
4.3 Diferenças entre o dano social, o dano moral coletivo e o dano moral individual	36
4.4 Legitimidade para pleitear o dano social.....	39
5. AS MATIZES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	45
5.1 Responsabilidade civil: da responsabilidade subjetiva à responsabilidade objetiva.....	45
5.2 Função social da responsabilidade civil	48
5.3. Funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil	50
5.4 Critérios para indenização do dano social.....	57
6. O DANO SOCIAL NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS	61
6.1 A necessidade de tutela efetiva dos direitos dos consumidores	61
6.2 Análise jurisprudencial acerca do dano social.....	63
6.3 Questões problemáticas atinentes ao dano social	72
6.4 Função social da jurisdição e a instrumentalidade do processo	77
7. CONCLUSÃO	81

1. INTRODUÇÃO

A convivência humana, por si só, é uma fonte natural de conflitos, e, como consequência destes, de danos. Quanto mais próxima e constante a convivência, maiores as chances de ocorrência de atrito entre os indivíduos.

Em tempos hipermodernos, com a ultra valorização do consumo, a frugalidade cada vez maior das relações civis, e o surgimento de novas plataformas de relacionamento humano, a possibilidade de ocorrência de danos é tão iminente, que caracterizou a sociedade atual como sociedade dos riscos.

Com o fenômeno da constitucionalização do direito civil brasileiro, começa-se a falar na socialização de tais riscos, de forma a proteger de modo mais efetivo as vítimas de danos.

Os indivíduos, impedidos de usarem a sua própria força para proteger-se, veem no Judiciário a sua fonte por excelência para resolução de conflitos e restabelecimento da paz social, que tem como instrumento legítimo para tanto no Direito, a responsabilidade civil.

Mudam-se os tempos, mudam-se os valores, e também os bens jurídicos protegidos pelo Direito. A responsabilidade civil, é, então, chamada a acompanhar essas mudanças, para que não se torne obsoleta e deixe de cumprir efetivamente sua função social.

É nesse cenário que surgem na doutrina os novos danos civis, entre eles, o dano social, que se caracteriza por ser provocado por um ato doloso, gravemente culposos ou fruto de um comportamento não exemplar que atinge uma parcela significativa da sociedade ou uma dada coletividade.

De matriz eminentemente punitiva e preventiva, o dano social pode ser aplicado tanto em casos que envolvam responsabilidade subjetiva- quando atenderá à sua função punitiva- quanto em situações que reclamem responsabilidade objetiva- quando operará em prol de suas funções preventiva e dissuasória.

Destaca-se, ainda, por sua unicidade e versatilidade no direito brasileiro, uma vez que possui características próprias que não se confundem com os demais tipos de dano existentes; além de que, se corretamente aplicado, é capaz de gerar resultados práticos eficazes, com vistas a punir e inibir comportamentos ilícitos não exemplares ou extremamente indevidos.

Por ser um conceito novo e ainda pouco explorado doutrinariamente, é comumente aplicado na jurisprudência de maneira controversa, ou, ainda, deixa de ser aplicado em razão de alguns mitos que se criaram em torno de sua conceituação.

Várias polêmicas surgem quando o assunto é o dano social. Alguns podem afirmar sua desnecessidade, uma vez que já existem milhares de outros tipos de dano com vertente coletiva consolidados na doutrina e na jurisprudência. Outros, por sua vez, destacam a ilegitimidade de seu pleito por uma pessoa física individual, já que a vítima é uma coletividade indeterminada. Outros, ainda, apontam para a antijuridicidade do enriquecimento sem causa da vítima beneficiada por este tipo de indenização de caráter punitivo e preventivo.

O presente trabalho pretende desmitificar as questões que envolvem a condenação do dano social e mostrar sua importância para regular as novas demandas conduzidas ao Judiciário, principalmente aquelas de ordem massiva, repetitiva e ocorridas no âmbito do consumo.

O dano social nas relações consumeristas é mais frequente do que se imagina, e muitas vezes acontece sem que a parte envolvida na relação de consumo se dê conta. Comumente causados por comportamentos ilícitos e predestinados ao lucro desenfreado por parte dos fornecedores de produtos e serviços, quando multiplicados por toda a classe consumerista, bem dizer, uma parcela muito significativa da sociedade, acaba por rebaixar a qualidade de vida e causar um mal-estar geral. Essa sensação é potencializada pela falta de operabilidade adequada por parte do Judiciário frente a tais questões.

Defende-se, portanto, uma nova forma de pensar o instituto do dano social, de acordo com a conceituação que lhe foi dada por Antonio Junqueira de Azevedo, para uma aplicação mais efetiva e capaz de gerar aspectos práticos na sociedade. Para tanto, busca-se mostrar a sua unicidade em relação aos outros danos com os quais é comumente confundido, as possibilidades juridicamente viáveis para sua aplicação, bem como a sua correta destinação.

2. UMA BREVE HISTÓRIA DO CONSUMO

A fim de ratificar a importância adquirida pelos consumidores no Século XXI, e a necessidade de terem seus direitos efetivamente protegidos, faz-se mister um breve recuo na história de modo a ilustrar o percurso percorrido pela sociedade de exploradores até chegar à sociedade de hiperconsumo.

O detalhamento da sociedade atual, segundo Luiz Edson Fachin, é necessário, uma vez que a análise da responsabilidade civil, nos moldes em que ela se apresenta hoje, não pode ser feita senão pelas lentes da sociedade de hiperconsumo e da sociedade de risco.¹ Isto porque, a ideia de distribuição de riscos e de solidariedade presentes na realidade do direito constitucionalizado influenciou todo o sistema da responsabilidade civil ao desencadear o surgimento da teoria dos riscos, bem como a posterior positivação da responsabilidade objetiva, que encontra-se imbricada no sistema consumerista brasileiro.²

2.1. Consumidores: da subsistência a símbolo do capitalismo

Os seres humanos são consumidores natos; consomem os bens que estão disponíveis na natureza para sobreviver, e produzem aqueles que não estão, para satisfazer suas demais necessidades. Ainda que o consumo fosse primordialmente voltado para a subsistência e não tivesse a conotação atual, pode-se dizer que as práticas consumeristas têm início juntamente com o despertar da humanidade através dos denominados “grupos de exploradores”.³ Todavia, a classe burguesa é que foi a grande responsável pelo surgimento das cidades e das primeiras formas de capitalismo determinantes para a configuração da atual concepção de consumo.

¹ FACHIN, Luiz Edson. Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 42.

² RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. **Dilemas de uma sociedade de risco: a causa dos danos e a reparação integral da vítima**. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Diálogos sobre direito civil**. Volume III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 49.

³ BLAINEY, Geoffrey. **Uma breve história do mundo**. São Paulo, SP: Editora Fundamento Educacional, 2010, p. 6.

Charles Boxer chama atenção para o fato de que no final do Século XIV, os artesãos e demais profissionais liberais já se encontravam em um nível de organização tal que eram categorizados de acordo com uma hierarquia profissional.⁴

Em meados do Século XV, houve a abertura de novas rotas comerciais e a intensificação do comércio marítimo, principalmente com os países Ibéricos, que mantinham condições favoráveis para se destacarem nesse ramo, principalmente a posição geográfica⁵. O crescimento no ritmo de exportações e importações marítimas contribuiu para o acréscimo de poder e riqueza nas mãos dos burgueses, e, com o passar do tempo, os privilégios de nascimento do feudalismo foram paulatinamente substituídos pelo capital.

Os cidadãos da época, não mais presos aos grilhões das relações feudais, abandonaram a servidão para ingressarem definitivamente nas relações de trabalho e consumo, principalmente por meio de iniciativas individuais, tornando-se, assim, o pilar de sustentação de um novo modelo econômico em ascensão: o capitalismo moderno.

Para Max Weber, o capitalismo- ou, como ele costumou dizer, o espírito do capitalismo- não é fruto das “superestruturas” como os materialistas históricos afirmam, mas sim um fenômeno natural de todas as culturas que conheceram o mercado monetário, e lhe impingiram oportunidades de fomento.⁶ O pensador, ao se aprofundar nas características do capitalismo, afirmou, ao contrário do que diz a maioria, que a ânsia pelo lucro não é sua característica primordial, tendo surgido muito antes desse sistema econômico, e habitado o imaginário de pessoas de diversos tipos e classes sociais ao redor de vários e diversificados países da Terra.⁷

O capitalismo ocidental, muito mais do que se pautar na busca pelo lucro e na acumulação de riquezas, baseia-se primordialmente na procura por “rentabilidade”. Significa dizer que, para este modelo econômico o lucro por si só não basta, é preciso que haja uma manutenção deste lucro em níveis tais que a fonte produtora se mantenha, bem como seu proprietário enriqueça.⁸

⁴ BOXER, Charles. **O império marítimo português**. Tradução de Anna Olga de Barros Barreto. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 24.

⁵ Ibidem, p. 16.

⁶ WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Vol. 2. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1967, p. 36.

⁷ Ibidem, p. 4.

⁸ Ibidem, p. 36.

Nesta linha de raciocínio, a grande contribuição oferecida pela burguesia emergente ao ocidente àquela época foi o fortalecimento do modelo capitalista, em razão de terem baseado sua rentabilidade na utilização do trabalho livre, e não mais no trabalho escravo ou servil. A produção de mercadoria deixou de ter suas bases firmadas em “oportunidades políticas ou especulativas de lucro”⁹, e passou a se orientar para seus destinatários finais, ou seja, para um mercado real de consumidores, de modo a gerar uma explosão comercial.

A classe burguesa foi a grande responsável pela organização racional do trabalho direcionado à busca pelo lucro e manutenção da rentabilidade, e, com isso, ganhou prestígio, visibilidade, poder e influência, fatores que possibilitaram que ela se tornasse a grande protagonista da Revolução Francesa, em 1789.

Além de terem tido suas bases filosóficas inseridas nos centros de governo, a crescente demanda por produtos e a grande riqueza acumulada nas mãos da burguesia em razão do mercantilismo e do domínio do setor agrícola, serviram de base para a Revolução Industrial, que teve início na Inglaterra, no Século XVIII. E é neste ponto da história, que surge uma classe de empresários sedentos por lucro e uma sociedade de proletários consumidores nos moldes da sociedade capitalista atual.

2.2 O impacto da revolução industrial sobre a produção e o consumo

Embora a história do consumo não possa ser resumida a uma perspectiva europeia e ocidental, não se pode ignorar o fato de que os fenômenos ocorridos no ocidente geraram uma repercussão universal como não havia ocorrido com nenhuma civilização até então.¹⁰ Ademais, é inegável que a produção fabril em massa, nos moldes em que hoje se apresenta, tem seu embrião na Revolução Industrial, ocorrida na Inglaterra, há três séculos atrás.

Segundo Eric Hobsbawm, “sem ela não podemos entender o vulcão impessoal da história sobre o qual nasceram os homens e acontecimentos mais importantes de nosso período e a complexidade desigual de seu ritmo.”¹¹ Além de marcar a passagem da produção artesanal para a industrial, a Revolução gerou uma

⁹ WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Vol. 2. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1967, p. 7.

¹⁰ Ibidem, p. 1.

¹¹ HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções: 1789- 1848**. Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. São Paulo: Paz e Terra, 2011, p. 59.

série de mudanças na sociedade e na economia, que serviram de base para o fortalecimento do capitalismo e o posterior fenômeno da globalização.

A crescente necessidade de mão de obra nas fábricas, em razão do fortalecimento do modelo de produção fabril, impulsionou um êxodo rural sem precedentes na história, e a produção em massa de alimentos e outros itens de necessidade básica levou a um crescimento demográfico exponencial.¹²

O surgimento de um grande mercado consumidor, formado pelos próprios proletários que outrora produziam os produtos postos à venda, incentivou a mecanização do trabalho, a divisão de tarefas, e a especialização da mão de obra. Mudanças que, por sua vez, possibilitaram uma produção mais rápida de produtos, que passaram a ser destinados não só à venda imediata, mas também à formação de grandes grupos de excedentes; os quais alteraram de vez o curso da produção artesanal baseada nas necessidades do cliente, para a produção em grande escala destinada a uma coletividade amorfa.

Nas palavras de Luiz Edson Fachin:

Esta produção em massa ensejou a primeira alteração na formatação das relações de consumo: com a excrecência da quantidade de bens duráveis e não duráveis colocados à venda, seu custo obviamente reduziu-se, possibilitando que uma parcela maior da sociedade obtivesse acesso a tais bens.¹³

Por outro lado, os salários miseráveis que eram pagos aos trabalhadores e o alto custo de vida nas cidades, levaram à criação de cortiços nos grandes centros urbanos, provocaram a proliferação de doenças e favoreceram o crescimento da marginalidade. Além disso, a aglomeração dos proletários nos subúrbios dos grandes centros urbanos e o abismo cada vez maior entre estes e a burguesia, levou à explosão de outros conflitos e revoluções.¹⁴

No entanto, esta segregação não foi apenas o berço de espúrias como as epidemias, a prostituição e o infanticídio, foi também o alvitre de grandes revoluções sociais e movimentos trabalhistas, que tinham como principal rival o capitalismo

¹² HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções: 1789- 1848**. Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. São Paulo: Paz e Terra, 2011, p. 63.

¹³ FACHIN, Luiz Edson. Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 29.

¹⁴ HOBBSAWN, Eric J. Op. cit., p. 324.

extremamente liberal, e o hiato entre ricos e pobres por ele gerado.¹⁵ Esse abismo de classes sociais existia principalmente porque a gigantesca produtividade gerada no período da Revolução Industrial deu-se às custas de muita exploração. Os indivíduos que dentro da fábrica eram proletários, quando estavam fora dela eram também os próprios consumidores das mercadorias que produziam, e o salário ínfimo que recebiam era destinado a um único fim: consumir.

O empregado que produzia o alimento, era mal alimentado. Aquele que fabricava os tecidos, vestia-se com farrapos. Enquanto isso, os industriais enriqueciam cada dia mais.¹⁶ No entanto, a exploração sem limites teve seu prelúdio com a eclosão das primeiras revoluções trabalhistas, quando os proletários se rebelaram e começaram a lutar por seus direitos. Primeiro como trabalhadores, depois como cidadãos e por fim, como consumidores.

Uma das principais consequências da Revolução Industrial foi, portanto, a tomada de consciência da classe trabalhadora e consumerista sobre seu lugar no novo mundo capitalista que se consolidava, e sobre os direitos decorrentes de sua especial condição classista.¹⁷ Começaram a se dar conta de que eles, embora fossem as engrenagens que moviam esse novo modelo de mercado, eram extremamente frágeis, tanto economicamente, quanto politicamente, e que seus patrões recebiam todos os lucros de seu trabalho.

Deste modo, pode-se dizer que a Revolução foi um acontecimento transformador em relação à sociedade da época e ao modelo consumerista de então. A população que era em sua grande maioria camponesa, aos poucos tornou-se urbana. A produção que era voltada para a subsistência e para vendas em pequenas quantidades, tornou-se industrializada e direcionada para o acúmulo de excedentes. O modelo de economia mercantil foi paulatinamente tornando-se capitalista industrial, e a produção e o consumo aumentaram na mesma sintonia. Em resumo, foi o primeiro grande passo rumo à industrialização em massa e à posterior globalização, caracterizada no âmbito econômico principalmente pelo estreitamento das fronteiras entre os países e o crescente aumento dos fluxos de importação e exportação.

¹⁵ HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções**: 1789- 1848. Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. São Paulo: Paz e Terra, 2011, p. 326.

¹⁶ Ibidem, p. 332.

¹⁷ Ibidem, p. 333.

2.3 A sociedade de consumo

Pode-se dizer que a sociedade de consumo surgiu no início do Século XX , tendo se expandido para sociedade de consumo em massa nas duas décadas após o fim da Segunda Guerra Mundial, e culminado, com a sua potencialização, no que hoje se conhece como sociedade do hiperconsumo.¹⁸

O Século passado foi marcado por ter alterado definitivamente as fronteiras dos países e sua forma de se relacionarem uns com os outros, em razão da expansão da aeronáutica, da computação e mais tarde, da internet- fatores que minimizaram ainda mais as distâncias relativas entre os indivíduos. A velocidade definiu um novo rumo para as relações humanas e as transações comerciais e foi a grande protagonista das mudanças orquestradas pelo processo globalizante.

Sobre o tema, discorre Zigmunt Bauman:

Com efeito, longe de ser um “dado” objetivo, impessoal, físico, a “distância” é um produto social; sua extensão varia dependendo da velocidade com a qual pode ser vencida (e, numa economia monetária, de custo envolvido na produção dessa velocidade). Todos os outros fatores socialmente produzidos de constituição, separação e manutenção de identidades coletivas – como fronteiras estatais ou barreiras culturais- parecem, em retrospectiva, meros efeitos secundários dessa velocidade.¹⁹

Do Século XVIII até o Século XXI não apenas a economia se modificou com a consolidação do modelo capitalista de mercado, mas também a sociedade. Antes impelida a produzir, passou a ser estimulada a consumir. Com a substituição do homem pela máquina não se fez mais necessária a presença de centenas de trabalhadores no ramo de bens e serviços, mas sim de um exército de consumidores prontos a absorver o resultado dessa produção, que é, em sua maioria, produzida com o fim de ser rapidamente descartável.

A sociedade de consumo, portanto, pode ser definida como a “evolução” do capitalismo de produção que se instalou após a Revolução industrial.²⁰ Se antes, era a qualidade de detentor dos meios de produção que indicava a situação social e

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 28.

¹⁹ BAUMAN, Zigmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 19.

²⁰ LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

econômica do sujeito, na sociedade de consumo, esse medidor foi substituído pela capacidade de consumir.

Na visão de Bauman, que muito bem explica a sociedade atual, é justamente o consumo, somado à capacidade de mobilidade do sujeito, que servem como estratificadores sociais, como um dia já serviram a os títulos nobiliárquicos, e a propriedade dos meios de produção. Hodiernamente, o mundo é dividido entre “turistas” e “vagabundos”. É por meio da sua condição de consumidora, e sua capacidade de escolher o seu lugar no mundo através da compra da mobilidade, que se considera uma pessoa como participante de uma determinada comunidade.²¹ Nas palavras de Bauman:

O que se aclama hoje como “globalização” gira em função dos sonhos e desejos dos turistas. Seu efeito secundário – colateral mas inevitável- é a transformação de muitos outros em vagabundos. Vagabundos são viajantes aos quais se recusa o direito de serem turistas. Não se permite nem que fiquem parados (não há lugar que lhes garanta permanência, um fim para a indesejável mobilidade) nem que procurem um lugar melhor para ficar.²²

Esse cenário de globalização permeado por uma sociedade de riscos e de consumo exacerbado, classificada após 1980 como pós-moderna, acabou ganhando um novo prefixo em razão da celeridade com que foi evoluindo: hiper.²³ A partir da conceituação dada por Gilles Lipovetsky, passou a ser chamada de hipermodernidade, que nada mais é do que uma densificação dos parâmetros já existentes na conhecida sociedade de consumo.²⁴ É com esse pano de fundo que se consolidou a sociedade hipermoderna do Século XXI.

2.4 Sociedade de Hiperconsumo

A hipermodernidade é consentânea ao surgimento da “civilização do desejo” e da sociedade de riscos, que, segundo Ulrich Beck, é fruto da produção social de riqueza.²⁵ Sobre a sociedade de riscos, assevera Luiz Edson Fachin, que “(...) na

²¹ BAUMAN, Zigmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 101

²² Idem.

²³ FACHIN, Luiz Edson. Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 26.

²⁴ Ibidem, p. 30.

²⁵ Beck define a sociedade de riscos como fruto de uma modernidade avançada, na qual a produção social de riquezas é acompanhada de uma produção social de riscos, os quais se apresentam de uma maneira universal, acarretam situações de perigo e acabam também por atingir aqueles que

imprevisibilidade de comportamentos do palco da hipermodernidade, a sociedade observa e participa da disseminação dos riscos em seu próprio corpo.”²⁶ O risco encontra-se tão presente na sociedade contemporânea que é considerado, por alguns autores, um novo paradigma ao redor do qual se constroem as relações sociais.²⁷

Essa nova realidade abarca também a sociedade de hiperconsumo, fundada por indivíduos que não veem mais o consumo como apenas um meio de alcançar *status* social, mas também de realizar seu desejo por novas experiências e sensações.²⁸ É conceituada por Lipovetsky como “(...) uma sociedade liberal, caracterizada pelo movimento, pela fluidez, pela flexibilidade; indiferente como nunca antes se foi aos grandes princípios estruturantes da modernidade”.²⁹

O consumidor ideal para esse modelo social não é aquele que deseja ter suas necessidades satisfeitas, mas aquele que deseja o próprio desejo; aquele que, acima de ser um acumulador de produtos, é um acumulador de sensações, e que se encontra em constante movimento, procurando abastecer-se não apenas de objetos, mas de novas experiências de consumo. Deste modo, o que mais se vende hoje em dia é a promessa de felicidade instantânea.³⁰

Freud, ao analisar a sociedade em seu escrito “O mal-estar da civilização”, afirmou que a repressão dos instintos humanos mais puros em razão das imposições culturais criadas pela civilização é a grande causadora de uma onda coletiva de mal-estar nas pessoas. Nas palavras do psicanalista, “do mesmo modo que a satisfação dos instintos é felicidade, torna-se causa de muito sofrer se o mundo exterior nos deixa à míngua, recusando-se a nos saciar as carências.”³¹

Quase um século depois, em 1999, Bauman afirma que esta insatisfação, causada pelo instinto ou desejo reprimido, não é mais sinônimo de mal-estar, mas

produzem os riscos, e não apenas suas vítimas, por meio do que ele chamou de “efeito boomerang”. (BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidade**. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998, p. 25).

²⁶ FACHIN, Luiz Edson. Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 41.

²⁷ RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Dilemas de uma sociedade de risco: a causa dos danos e a reparação integral da vítima. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.) **Diálogos sobre direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 47.

²⁸ FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 32.

²⁹ LIPOVETSKY, Gilles apud FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 26.

³⁰ BAUMAN, Zigmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 91.

³¹ FREUD, Sigmund. **O mal-estar da civilização**. Tradução de Paulo César de Souza. 1 ed. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011, p. 22.

sim de bem-estar, de uma alegria sublime. Segundo o pensador contemporâneo, o pior dos males que assola a sociedade atual não é a repressão do desejo, mas sim o não desejar, ou até mesmo a satisfação de todos os desejos.³²

Neste contexto, a publicidade é a grande aliada das vendas e, juntamente com a cultura consumista que se criou, é também responsável por criar no consumidor o desejo de consumo desenfreado. Completamente seduzido, tende a acreditar que aquele desejo é fruto de suas próprias necessidades, e não um desejo criado pela mídia e pela própria “educação voltada ao consumo” que lhes foi dada.³³ Esse mecanismo de sedução se assemelha ao que Galbraith denominou “poder condicionado”³⁴, através do qual o detentor de poder incute seus próprios desejos no subordinado, e o faz crer que aqueles são seus desejos pessoais. Decorre da persuasão, portanto, e, mais do que seduz o indivíduo ao qual é destinado, o coopta.³⁵

Esse mecanismo de poder é um excelente mantenedor da sociedade de hiperconsumo, já que, para que ela persista, faz-se necessário que os consumidores permitam-se ser seduzidos, e estejam sempre em estado de alerta, atinentes a novos estilos e tendências, de forma a consumir constantemente e, assim, manter o bom funcionamento do mercado. Segundo Bauman, “precisam ser mantidos acordados e em alerta sempre, continuamente expostos a novas tentações, num estado de excitação incessante- e também, com efeito, em estado de perpétua suspeita e pronta insatisfação”.³⁶

Atualmente, os consumidores são constantemente conduzidos a vivenciar um estado lúdico de desejo e prazer por via dos veículos midiáticos, o que, possivelmente, é um dos fatores responsável por anestesiar possíveis abusos e fraudes causados no âmbito consumerista. Porque preocupados com o próximo

³² BAUMAN, Zigmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahr, 1999, p. 91.

³³ FACHIN, Luiz Edson. Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 31.

³⁴ O mecanismo de poder condicionado não tem suas bases nem na ameaça, nem na promessa – como ocorrem com o poder condigno e o poder compensatório, respectivamente- mas sim na crença incutida nas pessoas pelo costume ou por mecanismos midiáticos, de que as coisas devem ser de determinada maneira. Normalmente, os mecanismos de poder condicionado são tão sutis que nem ao menos são percebidos como exercício de poder.

³⁵ GALBRAITH, John Kenneth. **Anatomia do poder**. Tradução de Hilário Torloni. 2 ed. São Paulo: Pioneira, 1986, p. 30.

³⁶ BAUMAN, Zigmunt. Op. cit., p. 91.

objeto de desejo, com a próxima viagem, a próxima experiência, os consumidores deixam de atinar cautelosamente para o presente e aos contratos que realizam, e ficam totalmente vulneráveis aos mandos e desmandos dos contraentes.

Segundo Lipovetsky, os fornecedores de produtos e serviços tendem a praticar condutas danosas em razão principalmente da lógica da sociedade de hiperconsumo, isto porque, “ao estimular permanentemente os valores de bem-estar individual, a era do consumo desqualificou massivamente as formas rigorosas e disciplinares da obrigação moral (...)”.³⁷

Além do que, os interesses dos consumidores são constantemente reprimidos pelas novas modalidades de contratação apresentadas pelo ordenamento jurídico, com destaque para os contratos de adesão. Ao levar tais fatos em consideração, e fazer uma ligação entre a hipermodernidade e a responsabilidade civil, assevera Fachin que “não se pode olvidar das imbricações entre sociedade de (hiper)consumo com sociedade de risco, nem é possível descartar, a partir da necessária ressignificação do direito, um novo ângulo de observação da responsabilidade civil”.³⁸

³⁷ LIPOVETSKY, Gilles. **O crepúsculo do dever**: a ética indolor dos novos tempos democráticos. Tradução de Fátima Gaspar e Carlos Gaspar. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1994, p. 60.

³⁸ FACHIN, Luiz Edson. Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 42.

3. AS ORIGENS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Para uma melhor análise das relações consumeristas que retratam a ocorrência de um dano social, faz-se necessário entender a lógica de funcionamento do Código de Defesa do Consumidor, por meio do estudo de suas origens, bases e fundamentos.

3.1 Código de Defesa do Consumidor *versus* Código Civil

Em uma sociedade de hiperconsumo, onde a divisão de classes é feita basicamente com fulcro na capacidade consumerista dos indivíduos, a necessidade de proteção dos consumidores é inegável. No entanto, embora essa necessidade seja evidente, a lei consumerista brasileira foi promulgada de modo extremamente tardio em relação às necessidades da classe consumidora, e ingressou nos currículos das faculdades de direito apenas após o advento da Constituição Federal em 1988.³⁹ Tais fatos são responsáveis por causar inúmeros problemas jurisprudenciais e doutrinários no entender de Rizzato Nunes:

A grande dificuldade que existe hoje de compreensão das regras básicas brasileiras instituídas pela lei de proteção ao consumidor reside nesse aspecto da nossa memória jurídica. Apesar de a lei ter vigência desde 11 de março de 1991, a maior parte dos estudantes ainda veio sendo formada tendo por base a tradição privatista, absolutamente inadequada para entender a sociedade de massa do século XX.⁴⁰

Embora a Lei 8.078 tenha sido promulgada apenas em 1990, as relações entre consumidores e fornecedores figuram na seara jurídica brasileira desde antes da outorga da primeira Constituição em 1824. Em razão da demora para o surgimento de uma lei específica que as regulassem, as relações consumeristas eram regidas pelo Código Civil, uma vez que, é pacífico no ordenamento brasileiro a máxima de que o juiz não pode se negar a decidir quando é chamado, ainda que exista uma lacuna legislativa sobre o assunto.

³⁹ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 33.

⁴⁰ NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo, Saraiva: 2015, p. 39.

A aplicação da lei civil para regular as relações consumeristas era, portanto, necessária. No entanto, não significa dizer que esta aplicação não acarretasse inúmeros equívocos nos julgamentos de então, uma vez que o CDC apresenta diferentes condições para contratar em relação ao CC, bem como versa sobre tipos específicos de dano e responsabilização. O uso incorreto das leis civilistas gerou um imenso hiato na consciência dos juristas, que até hoje ainda mostram dificuldade para entender a diferença entre ambas as fontes e aplicá-las corretamente, o que é observável através da doutrina e jurisprudência recentes.⁴¹

O Código de Defesa do Consumidor possui pressupostos próprios, uma sistemática *sui generis*, com normas processuais específicas – referentes a direitos homogêneos e difusos- e não deve ser lido à luz do que dispõe o Código Civil. Nas palavras de Ricardo Lorenzetti, “o direito do consumidor tem seus próprios princípios, diferentes dos que servem de arquitetura para o direito comum”.⁴²

É preciso, então, que se estude a origem e a base principiológica da legislação consumerista, para uma melhor aplicação deste diploma normativo tão recheado de peculiaridades.

O Código consumerista tem sua origem vincada na sociedade de consumo surgida com efeito a partir da segunda metade do século XX, e o CC, embora tenha sofrido significativas mudanças- principalmente no que tange à funcionalização de seus institutos e à elevação da boa-fé como norte das contratações- ainda remonta à sociedade extremamente patrimonialista do Século XIX, que tem a propriedade como direito fundamental por excelência.

Como bem explica Luiz Edson Fachin:

O Código de 1916 é produto do século XIX, ainda que tenha entrado em vigor logo ao fim dos três primeiros lustros do século XX. O Código Civil de 2002 é produto do pensamento jurídico sistematizado na década de 70 de um Brasil que restou sepultado, em boa parte, pela Constituição de 1988.⁴³

Embora as transformações ocorridas na hermenêutica cível após a promulgação da Constituição de 88 tenham galgado o direito civil a um patamar muito mais humanitário e baseado no princípio da solidariedade, o CC não se

⁴¹ NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo, Saraiva: 2015, p. 40.

⁴² LORENZETTI, Ricardo Luis. **Las normas fundamentales de derecho privado**. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores. [s.d.], p. 16. Tradução Livre.

⁴³ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 44.

encontra equipado com a mesma carga protetiva aos consumidores que o CDC, pois não foi elaborado com destinação específica à classe consumidora, de modo que deve ser aplicado apenas de modo subsidiário à legislação consumerista, conforme sugere o art. 7 do CDC⁴⁴.

3.2 Direito comparado

Muito embora se tenha notícia da existência de leis esparsas sobre o tema em diversos países ao longo da história⁴⁵, os primeiros movimentos de que se tem notícia no âmbito da proteção dos consumidores como uma classe específica se deram justamente no grande centro produtor e consumidor do mundo globalizado: os Estados Unidos da América.⁴⁶

Um século antes do advento do CDC, o país norte-americano já havia dado os primeiros passos nessa direção com a promulgação de uma lei antitruste em 1890, que ficou conhecida como “Lei Sherman”.⁴⁷ Ainda que mais destinada aos fornecedores do que aos consumidores – já que visava prevenir, principalmente a concorrência desleal e a formação de monopólios – ela demonstrou que até mesmo a sociedade capitalista mais ferrenha já conhecida, se preocupava com a proteção dos consumidores no auge do liberalismo, em pleno Século XIX.

Quase 10 anos depois, em 1899, Jane Addams e Josephine Lowell, duas ativistas estadunidenses encabeçaram um movimento de união dos consumidores em prol de seus direitos que culminou na criação da *National Consumers League*, órgão que existe até hoje e tem como escopo a proteção dos consumidores e a perseguição da justiça social, por meio de políticas de conscientização, incentivo de

⁴⁴ **Código de Defesa do Consumidor:**

Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

⁴⁵ A título exemplificativo, na Europa medieval, destaca-se a posição da França e da Espanha em punirem com penas vexatórias aqueles indivíduos que adulterassem substâncias postas a venda, a fim de baratearem seu custo de produção. (FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Direitos do Consumidor. 8 ed. São Paulo :Atlas, 2005, p. 3).

⁴⁶ GUGLINSKI, Vitor. **Breve histórico do direito do consumidor e origens do CDC**. Disponível em: <<http://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/112106596/breve-historico-do-direito-do-consumidor-e-origens-do-cdc>>. Acesso em: 22 de setembro de 2015.

⁴⁷ NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo, Saraiva: 2015, p. 40.

consumo consciente de produtos sustentáveis, e até mesmo promoção de ações judiciais.⁴⁸

Algum tempo depois, em 15 de março de 1962, John Kennedy, então presidente dos Estados Unidos, foi o responsável por proferir um discurso que mudaria os rumos do direito do consumidor, e teria mais efeito do que um diploma normativo. Sua fala, destinada ao Congresso Americano, advogava sobre a necessidade dos consumidores serem reconhecidos como classe, e terem seus direitos protegidos, em razão de sua importância para economia mundial.⁴⁹

Em 1966, a preocupação com a classe consumerista ganhou *status* mundial com a aprovação pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que trazia em seu bojo disposições sobre a proteção da saúde e segurança dos consumidores contra possíveis abusos da classe empresarial, e elevou o direito do consumidor à condição de direito humano fundamental.⁵⁰

Mais tarde, as palavras de Kennedy vieram a influenciar a elaboração da Resolução 39/248 da ONU, aprovada em 1985 em sessão plenária. Tal Resolução foi importante para a classe consumerista uma vez que, em nível mundial, traçou objetivos gerais de proteção do consumidor e de combate às desigualdades sofridas em razão de sua inferioridade técnica, econômica e comercial frente aos fornecedores de produtos e serviços.⁵¹ Os Estados à ela filiados se comprometeram com a formulação de uma política efetiva de proteção, bem como com a criação de uma infra-estrutura sólida para sua implementação.⁵²

No cenário europeu a produção legislativa sobre o tema é vasta. Recebe merecido destaque o direito alemão, que, além de conter leis específicas sobre o consumo, ainda possui um Código Civil (Bürgerlich Gesetzbuch, abreviação BGB)

⁴⁸ NATIONAL CONSUMERS LEAGUE. **A look back on 100+ years of Advocacy**. Disponível em: <<http://www.nclnet.org/history>>. Acesso em: 4 de novembro de 2015. Tradução Livre.

⁴⁹ GUGLINSKI, Vitor. **Breve histórico do direito do consumidor e origens do CDC**. Disponível em: <<http://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/112106596/breve-historico-do-direito-do-consumidor-e-origens-do-cdc>>. Acesso em: 22 de setembro de 2015.

⁵⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 5.

⁵¹ Idem.

⁵² Ibidem, p. 6.

vincado na cláusula geral da boa-fé objetiva, que exerceu enorme influência tanto na codificação civil brasileira, quanto na formação do CDC.⁵³

3.3 Histórico no Brasil

Conhecido por sua tradição agro-pastoril, o Brasil sempre teve suas bases econômicas vinculadas na agricultura e na pecuária, e o seu processo de industrialização ocorreu também de modo tardio, em meados da década de 30, durante o Governo Getúlio Vargas. Com o fomento da indústria, o comércio também se intensificou, e foi nessa mesma época que o direito voltou sua atenção para o consumo de forma mais intensa.⁵⁴

Neste período já constam a edição de algumas leis ligadas ao fenômeno da expansão do consumo e comércio, como, por exemplo, o Decreto-Lei 869 de 1938, que trata de crimes contra a economia popular, e o Decreto-Lei 22.626 de 1943, mais conhecido como Lei de Usura, que vige até hoje, e tem como escopo a proteção contra abusos nas cobranças de juros.⁵⁵

Acrescenta-se à lista a Lei delegada n. 4 de 1962⁵⁶ que positivou a intervenção da União na economia, e mostrou o interesse do Estado no ato de consumir.⁵⁷

Ainda em 1962, outra lei importante entrou em vigor, a n. 4.137, que ficou conhecida como Lei de Repressão do Poder Econômico, da qual derivou o CADE, importante órgão controlador de transações comerciais, atuante até hoje. O art. 8º⁵⁸ da Lei explicitou a competência do CADE como órgão disciplinador por excelência

⁵³ GUGLINSKI, Vitor. **Breve histórico do direito do consumidor e origens do CDC**. Disponível em: <<http://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/112106596/breve-historico-do-direito-do-consumidor-e-origens-do-cdc>>. Acesso em: 22 de setembro de 2015.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ VIEIRA, Fernando Borges. **O Direito do Consumidor no Brasil e sua breve história**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI163956,21048-O+Direito+do+Consumidor+no+Brasil+e+sua+breve+historia>> . Acesso em: 4 de novembro de 2015.

⁵⁶ **Lei delegada n. 4 de 1962:**

Art. 1º A União, na forma do art. 146 da Constituição, fica autorizada, a intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais ao consumo e uso do povo, nos limites fixados nesta lei.

⁵⁷ VIEIRA, Fernando Borges. Op. cit.

⁵⁸ **Lei 4.137 de 1962:**

Art. 8º E criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico, nos termos desta lei.

dos agentes econômicos, com o escopo principal de coibir abusos na seara econômica.⁵⁹

Embora tenha sido uma lei mais destinada a classe de agentes econômicos, ou seja, de fornecedores e prestadores de serviço, serviu pra mostrar a preocupação do legislador brasileiro com a seara econômica e tudo que ela engloba.

Em meados de 1976, o Brasil ganhou seu próprio movimento consumerista- ainda que de modo atrasado em comparação aos Estados Unidos- o qual ganhou expressão no Estado de São Paulo e culminou na Lei Estadual n. 1.903/78, que previu a instalação do primeiro órgão de proteção especializada ao consumidor brasileiro, o Procon.⁶⁰

Em 1997, já espalhados por quase todo o Brasil, os Procons foram devidamente regulamentados em âmbito federal através do Decreto n. 2.181/97, que os imbuíu de função fiscalizadora em relação a violações ao direito do consumidor no âmbito administrativo, bem como de legitimidade para proposição de ações coletivas consumeristas, além da função de orientação e educação informal que já exerciam.⁶¹

Atualmente, quase todos os Estados da Federação possuem ao menos um Procon, como forma de cumprir o disposto na alínea a do inciso II do art. 4. do CDC, que dispõe a respeito do dever estatal em proteger os direitos do consumidores também a partir de ação governamental direta.⁶²

Embora já tivessem sido regulados ou ao menos mencionados por diversos diplomas normativos, os direitos dos consumidores apenas receberam o merecido reconhecimento jurídico quando da promulgação da Constituição Federal em 1988. Digna de ser considerada a mais democrática e avançada da história constitucional brasileira⁶³, a Constituição não só elevou o direito do consumidor ao patamar de direito fundamental, como estabeleceu a sua proteção como uma das metas a serem atingidas pelo Estado brasileiro.

⁵⁹ VIEIRA, Fernando Borges. **O Direito do Consumidor no Brasil e sua breve história**. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI163956,21048-O+Direito+do+Consumidor+no+Brasil+e+sua+breve+historia>> . Acesso em: 4 de novembro de 2015.

⁶⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 9.

⁶¹ Ibidem, p. 12.

⁶² Ibidem, p. 15.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 255.

3.4 A constitucionalização do direito civil brasileiro

O movimento de constitucionalização do direito civil brasileiro teve seu início na década de 80, e se fortaleceu com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com as discussões sobre o Código Civil de 2002. Essa nova maneira de enxergar o direito marcou a existência de um novo paradigma jurídico, que modificou não só as relações privadas entre pessoas físicas, mas também as relações de consumo, de modo a constituir as bases para criação do CDC.

Por “constitucionalização do direito civil”, entende Luiz Edson Fachin:

(...) a *virada copernicana* que recola papéis e funções do Código e da Constituição, reafirma a primazia da pessoa concreta, tomada em suas necessidades e aspirações, sobre a dimensão patrimonial, e sustenta, por meio da *repersonalização*, a inegável oportunidade do debate permanente entre os espaços público e privado.⁶⁴

Deste modo, o direito privado foi se flexibilizando, abrindo espaço para uma leitura principiológica de seus institutos, bem como abandonando a concepção individualista herdada do capitalismo e do liberalismo reinantes no século XIX.

Significa dizer que as relações privadas não são mais relegadas ao livre arbítrio das partes e à letra seca da lei civilista como ocorria outrora, mas sim são cada vez mais lidas à luz da Constituição- Lei suprema do ordenamento jurídico brasileiro-⁶⁵, o que implica em seguir as balizas por ela dispostas, bem como obedecer os limites incutidos em suas cláusulas gerais.

A Constituição de 88 marca a passagem do direito essencialmente patrimonialista para o direito humanizado, democrático e de cunho social, mais voltado à proteção do sujeito de direito e suas necessidades intrínsecas, do que propriamente do seu patrimônio.

Nas lições de Cláudia Lima Marques:

Em outras palavras, o direito privado sofre hoje uma influência direta da Constituição, da nova ordem pública por ela imposta, e muitas relações particulares, antes deixadas ao arbítrio da vontade das partes, obtêm uma relevância jurídica nova e um consequente controle estatal, que já foi chamado de “publicização do direito privado” (expressão de Raizer). Esta

⁶⁴ FACHIN, Luiz Edson. Transformações do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira, et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 43.

⁶⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 38.

crescente intervenção do Estado na atividade econômica dos particulares denota o domínio das linhas de ordem pública constitucional sobre as relações privadas.⁶⁶

Segundo Orlando Gomes, “o pensamento jurídico evoluiu no sentido de consagrar a supremacia dos interesses coletivos sobre os individuais.”⁶⁷ Esse giro hermenêutico beneficiou em grande monta o direito do consumidor, o qual despertou interesse social, e foi galgado a direito fundamental a ser promovido e protegido pelo Estado.

A Constituição, além de mencionar os direitos consumidores o longo de todo seu texto, destinou alguns artigos e incisos específicos a eles. Já o fez em seu art. 5, inc. XXXII⁶⁸, destinado aos direitos fundamentais, onde prevê a promoção dos direitos do consumidor pelo Estado brasileiro, na forma da lei; e, mais adiante, em seu art. 170, inc. V⁶⁹, onde prevê a defesa do consumidor como um dos princípios regentes da ordem econômica brasileira, que é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.

Embora os direitos da classe consumerista estejam elucidados em artigos específicos, pode-se dizer que eles são também abarcados por todos os princípios e normas destinados à salvaguarda do cidadão comum⁷⁰, uma vez que os consumidores são a expressão máxima do cidadão em uma sociedade capitalista pós-moderna.

Ademais, a Constituição estabeleceu no art. 48 dos atos de disposições transitórias o dever do Congresso Nacional em elaborar um Código de Defesa do Consumidor, o que veio a ocorrer em 11 de setembro de 1990, com o sancionamento da Lei n. 8.078, que entrou em vigor em 12 de março de 1991, e marcou um novo paradigma no direito brasileiro, qual seja, de um direito do consumidor constitucionalizado. Segundo Cláudia Lima Marques:

⁶⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 41.

⁶⁷ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 66.

⁶⁸ **Constituição Federal:**

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

⁶⁹ **Constituição Federal:**

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V - defesa do consumidor;

⁷⁰ NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo, Saraiva: 2015, p. 55.

Esta visão ativa e positiva do direito civil, como instrumento de combate aos males da sociedade atual através da imposição de um patamar superior de respeito e lealdade nas relações sociais, é possível no Brasil após o advento do Código de Defesa do Consumidor, como será a seguir analisado.⁷¹

O escopo da criação de todo um Código para abarcar as leis consumeristas foi justamente o de construir um sistema material e processual do direito do consumidor, com princípios próprios, regras próprias, e mecanismos processuais peculiares, aptos a garantir uma tutela efetiva à classe consumidora, e não apenas o de criar mais um diploma legislativo específico sobre tema.

3.5. Peculiaridades do Código de Defesa do Consumidor

O CDC é um verdadeiro microsistema jurídico, nas palavras de José Geraldo Brito Filomeno⁷². Isto porque, além de conter princípios que lhe são próprios, é também interdisciplinar- relaciona-se harmonicamente com diversos outros ramos do direito- bem como multidisciplinar - contém preceitos não apenas referentes ao direito do consumidor em si, mas também que remetem ao direito civil, penal, administrativo, entre outros⁷³.

É também revestido de instrumentos especiais que propiciam a realização da tutela dos direitos do consumidor, previstos em seu art. 5.⁷⁴, como por exemplo: a instituição de uma assistência jurídica integral e gratuita para os consumidores carentes e a criação de Juizados Especiais de pequenas causas bem como varas especializadas para dissolução dos litígios que envolvem o consumo.

A legislação consumerista é construída para uma classe específica, e, justamente por isso, ao longo de toda sua construção, é baseada em uma

⁷¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 187.

⁷² FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 9.

⁷³ Ibidem, p. 10.

⁷⁴ **Código de Defesa do Consumidor:**

Art. 5º Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros:

- I - manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente;
- II - instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público;
- III - criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo;
- IV - criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo;
- V - concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.

característica específica dessa classe: a vulnerabilidade. Cláudia Lima Marques classificou a vulnerabilidade como sendo de quatro ordens: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional⁷⁵.

A vulnerabilidade técnica diz respeito à falta de conhecimento específico que o consumidor tem a respeito dos produtos e serviços que adquire. Presume-se que ele não possui a expertise técnica do fornecedor a respeito da qualidade do produto, o que abre espaço para vendas fraudulentas ou abusivas.⁷⁶ A vulnerabilidade jurídica diz sobre a presumida inabilidade do consumidor para lidar com questões econômicas e contábeis quando da feitura do contrato, de modo que o fornecedor deve informar ao máximo o consumidor a respeito de seu conteúdo e cláusulas.⁷⁷ Já a fática, ou socioeconômica⁷⁸, versa sobre a superioridade econômica do fornecedor, que, devido à sua posição de poder no mercado, tem a prerrogativa de impor as condições e preços desejados para venda de seu produto – o que hodiernamente é muito facilitado pelos contratos de adesão.⁷⁹

Cláudia Lima Marques frisa, ainda, que embora o último tipo de vulnerabilidade, a informacional, possa ser enquadrada dentro da vulnerabilidade técnica, atualmente ela merece destaque e uma categoria em separado, uma vez que a informação em tempos hipermodernos de consumo é o maior poder do consumidor para manter suas relações equilibradas, e sua forma de barganhar com um fornecedor muitas vezes “sem rosto”, escondido atrás de uma tela de computador ou televisão. E, sendo a informação do produto de detenção daquele que o produz, o consumidor permanece vulnerável, justamente por não ter livre acesso a ela, ficando à mercê da boa vontade do fornecedor.⁸⁰

Com base nessa flagrante desigualdade de classes, o princípio da vulnerabilidade, fruto do preceito da igualdade material, é uma tentativa de aproximar os sujeitos da relação consumerista, para que estes possam se relacionar em igualdade de condições. Visa remediar a disparidade existente entre consumidor

⁷⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 320.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Ibidem, p. 324.

⁷⁸ É a hipossuficiência econômica que dá azo à maioria das regras protetivas do CDC, por entender que o consumidor não pode restar prejudicado em suas relações consumeristas ou processos judiciais de consumo em razão de sua vulnerabilidade econômica frente ao fornecedor. Um dos exemplos de regra protetiva neste caso é a de concessão de foro privilegiado ao consumidor, constante no art. 101, I, do CDC.

⁷⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 325.

⁸⁰ Ibidem, p. 330.

e fornecedor, que é pressuposta e ao mesmo tempo real; gerada em razão da hipossuficiência que o consumidor, pessoa física, apresenta diante dos fornecedores, normalmente pessoas jurídicas de grande porte.

O princípio da vulnerabilidade, além de servir de base para todos os outros que regem as relações de consumo, é consagrado com a previsão de inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, constante no art. 6, § 8, do CDC.⁸¹

Do grande rol de princípios consumeristas- além daqueles de origem constitucional que servem de base para interpretação do CDC, como o princípio da dignidade da pessoa humana e da boa-fé contratual- merecem destaque os dispostos nos artigos 4º e 7º do Código, em grande parte decorrentes do princípio base da vulnerabilidade, entre eles: princípio da proteção, da informação, da transparência e do acesso à justiça.

O princípio da proteção está intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade humana, uma vez que visa assegurar os direitos mais vitais do consumidor, quais sejam, a vida, a saúde e a segurança⁸².

O princípio da informação- imbricado no da transparência- por sua vez, obriga o fornecedor a propiciar ao consumidor informações claras e transparentes à respeito dos produtos e serviços disponibilizados no mercado, bem como disponibilizar o conteúdo dos contratos de consumo previamente à aceitação do consumidor, sob pena de ser responsabilizado por falhas e omissões.⁸³

Já o princípio do acesso à justiça diz com a promoção e facilitação de mecanismos processuais ao consumidor, para que este não sofra empecilhos de ordem econômica ou técnica na busca e prevenção de seus direitos.⁸⁴ Isto implica em concessão de isenção no pagamento de taxas e custas judiciais aos consumidores, bem como em nomeação de defensores públicos em casos nos quais não puderem arcar com as custas da advocacia particular.

Nesta toada, um grande avanço foi alcançado com a promulgação da Lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Cíveis, destinados a conciliar, processar e

⁸¹ **Código de Defesa do Consumidor:**

Art. 6º- São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

⁸² NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo, Saraiva: 2015, p. 174.

⁸³ Ibidem, p. 176.

⁸⁴ Ibidem, p. 191.

julgar causas de menor complexidade⁸⁵, características condizentes com a grande parte das lides consumeristas.

De acordo com o art. 9º da referida Lei, para ingressar nos Juizados Especiais Cíveis em causas cujo o valor não exceda 20 salários mínimos, o cidadão não precisa nem mesmo da assistência de um advogado, o que, somada à isenção do pagamentos de custas, taxas ou despesas, em primeiro grau de Jurisdição, contribui muito para o acesso à Justiça. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “a gratuidade é umas das principais características do procedimento dos juizados especiais”. Segundo o jurista:

(...) a construção de um procedimento mais barato e célere, e portanto acessível a todos, nada mais é do que obrigação do legislador não só atento à vida social, como também ciente de seus dever de atender aos regramentos constitucionais, importando, nesse caso, aqueles que visam a propiciar aos cidadãos um efetivos acesso à justiça.⁸⁶

Os Juizados Especiais Cíveis possuem também princípios específicos, que orientam todos os procedimentos que ocorrem sob sua égide. Estão eles estabelecidos no art. 2º⁸⁷ da Lei, e se resumem em: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade⁸⁸. A Lei dos JEC é também guarnecida de importante artigo, o 6º⁸⁹, o qual confere poder ao juiz para extrair a

⁸⁵ **Lei 9.099/95:**

Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;

II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil;

III - a ação de despejo para uso próprio;

IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

§ 1º Compete ao Juizado Especial promover a execução:

I - dos seus julgados;

II - dos títulos executivos extrajudiciais, no valor de até quarenta vezes o salário mínimo, observado o disposto no § 1º do art. 8º desta Lei.

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Porto Alegre: Síntese, v. 36, 2001, p. 42.

⁸⁷ **Lei 9.099/95:**

Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

⁸⁸ Para o presente trabalho, merece destaque os princípios da simplicidade e da informalidade, o que, dentre outras vantagens, aponta para uma maior flexibilidade do julgador ao atender os pedidos formulados pelas partes que, geralmente desprovida de advogados, não estão aptas a fazer uma correta qualificação jurídica dos fatos narrados.

⁸⁹ **Lei 9.099/95:**

Art. 6º O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

solução mais justa do caso concreto, de modo a atender as exigências do bem comum, mostrando, mais uma vez, a tendência solidarista do Direito atual.

Ainda, no que tange às diretrizes básicas do CDC, cabe esclarecer que, embora o direito do consumidor seja construído com base no princípio da vulnerabilidade, e, portanto, com vistas a beneficiar o consumidor, tanto nas relações materiais quanto na esfera judicial, este não pode ser tomado como um Código unilateral. Explica José Geraldo Brito Filomeno que a relação entre consumidores e fornecedores é simbiótica, e que o CDC visa não só a proteção dos interesses dos consumidores, mas também os dos fornecedores. Pretende, portanto, a criação de um ambiente de consumo saudável que viabilize o crescimento econômico e o desenvolvimento da tecnologia, a partir justamente da harmonização desses interesses díspares e sobremaneira opostos, com vistas a alcançar um estado de paz social que propicie o bom funcionamento da economia.⁹⁰

Por último, mas não menos importante, ao tratar do CDC e ao aplicá-lo aos casos concretos, não se deve esquecer de que este é uma norma de ordem pública e interesse social, como bem estabelecido logo em seu art.1º⁹¹. O que, segundo Filomeno, significa que “seus preceitos são inderrogáveis pelos interessados em dada relação de consumo, e seus preceitos são aplicáveis às relações verificadas no mundo fático, ainda que estabelecidas antes de sua vigência”.⁹²

O mais comum é que apenas alguns artigos de determinadas legislações sejam considerados como de ordem pública, sejam eles de caráter material ou processual. No entanto, segundo Ricardo de Carvalho Aprigliano, não foge à regra que diplomas legislativos inteiros recebam essa qualificação, o que é o caso do Código de Defesa do Consumidor.⁹³

Segundo Aprigliano, as normas materiais que recebem contornos de ordem pública têm como finalidade primordial limitar a autonomia privada, bem como impor

⁹⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 13.

⁹¹ **Código de Defesa do Consumidor**:

Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

⁹² FILOMENO, José Geraldo Brito. Op. cit., p. 10.

⁹³ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). **Coleção Atlas de Processo Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 28.

limitações às formas de ocorrência de determinadas relações no mundo fático, sendo imperativas e de aplicação imediata.⁹⁴

E ainda mais que isso, o caráter de ordem pública e interesse geral concedido ao CDC, o caracteriza como expressão máxima da constitucionalização do direito civil brasileiro, uma vez que lhe atribui um viés solidário, humanizado, e destinado ao cumprimento da justiça social, como quer o art. 3., inc. I⁹⁵ da Constituição.

⁹⁴ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). **Coleção Atlas de Processo Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 27.

⁹⁵ **Constituição Federal:**

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

4. NOVA CATEGORIA DE DANO: O DANO SOCIAL

No contexto da constitucionalização do direito civil brasileiro e da sociedade de riscos atual surge na doutrina a conceituação de novos danos integrantes do cenário atualmente dinâmico da responsabilidade civil, que ficaram conhecidos como “novos danos civis”.

Os danos sociais fazem parte deste grupo, e despontam como categoria autônoma de dano em razão de suas peculiaridades.

4.1 As novas categorias de dano na sociedade de riscos

O princípio da solidariedade⁹⁶ ganhou destaque na sociedade de riscos atual e teve papel fundamental na repaginação da responsabilidade civil, a qual deixou de se concentrar primordialmente no ofensor, e voltou suas atenções para a vítima do dano, visando a sua reparação integral com base em teorias de risco.

A solidariedade social foi galgada a princípio geral constitucional após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Deixou de ser vista como dever colateral resultante de ações caridosas, e se solidificou no centro do ordenamento jurídico como preceito dotado de força normativa.⁹⁷ Se caracteriza por ser “o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa (...)”.⁹⁸

Pensar em riscos atualmente, como bem lembrou o Min. Luiz Edson Fachin, obriga a enxergá-los a partir das novas lentes que a hipermodernidade trouxe consigo, sob pena de direcionamento do Direito e seus mecanismos de justiça social para um lugar que não mais existe, levando à busca da cura para danos que não mais ocorrem, ou riscos que não mais assolam o convívio harmonioso⁹⁹. Segundo o

⁹⁶ Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, as relações humanas começaram a se pautar na chamada solidariedade social após as atrocidades cometidas pelos Estados Totalitários na Segunda Guerra Mundial, época em que se começou a pensar a humanidade como merecedora de proteção jurídica enquanto coletividade. (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 108.)

⁹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 115.

⁹⁸ Ibidem, p. 114.

⁹⁹ FACHIN, Luiz Edson. Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 27.

jurista, o direito não pode ser tão conservador que se afaste do seu real objeto: a sociedade do agora. Em resumo, assevera:

Estão os riscos disseminados por todas as ambiências sociais, e nunca a sociedade apresentou uma dinamicidade tão notória, às vezes real e simbólica, outras apenas ficcionais. Assim, é preciso que o direito, e suas desinências, também passem por uma ressignificação, sob pena de direcionar o olhar para um sítio onde a sociedade não mais se encontra.¹⁰⁰

A partir da socialização dos riscos e da proteção integral da vítima na sociedade de hiperconsumo atual, fala-se em danos que são produzidos não apenas na esfera individual, mas também na esfera coletiva. Segundo Sergio Cavalieri Filho, “o dano, nessa nova perspectiva, deixa de ser apenas contra a vítima para ser também contra a coletividade, passando a ser um problema de toda a sociedade.”¹⁰¹

Carlos Alberto Bittar ensina que dano é “qualquer lesão injusta ao complexo de valores protegidos pelo Direito”¹⁰². Assim sendo, tem-se que a alteração dos valores sociais com o passar do tempo, altera também os bens jurídicos protegidos e conseqüentemente os danos valorados pelo direito.

Entre os novos danos civis, encontram-se: o dano estético, o dano moral coletivo, o dano pela perda de uma chance e, também, o dano social. Embora todos possam parecer extensões do dano moral, são dispostos em categorias autônomas em razão de possuírem características próprias, que não recebem o devido tratamento jurídico quando incutidas nas generalidades do dano moral.

Segundo Flávio Tartuce, o conceito de dano social condiz com essa nova realidade, bem como com a principiologia adotada pelo Código Civil de 2002 de valorização da pessoa humana em face de seu patrimônio, com vistas à adoção de uma postura solidarista, vincada na “valorização do *nós* em detrimento do *eu*”.¹⁰³

¹⁰⁰ FACHIN, Luiz Edson. Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 27.

¹⁰¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 9.

¹⁰² BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 18.

¹⁰³ TARTUCE, Flavio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. Vol. II. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 456.

4.2 O dano social

Os danos civis dividem-se em duas grandes categorias, são elas, a patrimonial e a extrapatrimonial. Os danos patrimoniais dizem respeito àqueles que atingem a esfera econômica da vítima, de modo a lesionar e diminuir seu patrimônio. Já os danos da esfera moral são definidos por exclusão, ou seja, são todos aqueles que não possuem um valor econômico intrínseco, e são ligados à uma lesão na esfera extrapatrimonial da vítima, ou abalo à honra objetiva.¹⁰⁴

O dano social não se enquadra de modo exato em nenhuma das duas classificações, mas constitui uma categoria *sui generis* de dano. Em outras palavras, não importa ao dano social se o ato danoso feriu a esfera patrimonial ou extrapatrimonial da vítima, mas sim o seu alcance social. Nas palavras de Antonio Junqueira de Azevedo, o dano social é:

(...) um ato, se doloso ou gravemente culposos, ou se negativamente exemplar, não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima mas sim, atinge toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população. (...). Isto é particularmente evidente quando se trata da segurança, que traz diminuição da tranquilidade social, ou de quebra de confiança, em situações contratuais ou para-contratuais, que acarreta redução da qualidade de vida coletiva.¹⁰⁵

Desse conceito é possível extrair diversas características dessa espécie de dano. Primeiramente, destaca-se que pode possuir duas vertentes, a depender da conduta que o gerou: uma subjetiva, quando causado por uma conduta dolosa ou gravemente culposa, e uma objetiva, quando gerado por um comportamento não exemplar. Significa dizer que pode ser aplicado tanto em casos onde tenha sido cometido com dolo ou culpa grave, quando terá função punitiva, quanto em situações que envolvam responsabilidade objetiva, onde a indenização terá caráter dissuasório e não punitivo.¹⁰⁶

Em outras palavras, dano social é uma espécie de dano extrapatrimonial que se caracteriza não por desencadear um sofrimento físico, psicológico, ou abalo à honra de determinado indivíduo como o dano moral, mas sim pelo rebaixamento do

¹⁰⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O código civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 371.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 374.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 377.

nível de qualidade de vida da sociedade como um todo ou de parcela significativa desta, em razão de ato ilícito praticado com dolo ou culpa grave, ou decorrente de um comportamento não exemplar, que pode ter sido cometido sem dolo, mas que em razão de sua danosidade, recebe uma sanção dissuasória.

Nesta linha de raciocínio, o dano social convive com o dano moral, podendo ser com ele cumulado, uma vez que são destinados a reparar diferentes tipos de dano. O dano moral gera um direito subjetivo de modo individualizado, já o social gera um direito difuso, pertencente a uma vítima indeterminada, qual seja, uma dada coletividade. Nas palavras de Junqueira de Azevedo:

Poderá haver: a) o dano patrimonial individual, a ser fixado com os dados dos danos emergentes e dos lucros cessantes; b) o dano moral individual como compensação, determinada basicamente por arbitramento; e c) o dano social, ou como punição, por ter o autor agido com dolo ou culpa grave, ou como dissuasão, para não levar à repetição, pelo agente ou por outros, dos mesmos atos.¹⁰⁷

Em resumo, caracteriza-se por ter uma vítima indeterminada, bem como duas funções primordiais, a punitiva e a dissuasória, as quais ensejam análises distintas.

A função punitiva é, em geral, destinada a pessoas físicas que cometem atos ilícitos guiadas por um elemento subjetivo de dolo ou culpa, o que normalmente desemboca em descumprimento de obrigações de segurança. A segunda, por sua vez, é destinada a pessoas jurídicas que atuam sob o viés da responsabilidade objetiva, ocasionando comportamentos não exemplares que devem ser combatidos em razão do mal-estar geral que sua repetição pode causar.

As diferenças existentes entre as duas vertentes de dano social refletem nos critérios necessários para sua condenação. Isto porque, caso ele seja aplicado com função meramente dissuasória, não se faz necessária a comprovação do elemento subjetivo que embasou o comportamento do ofensor, uma vez que, seu objetivo não é punir o causador do dano em razão do desvalor de sua conduta, mas sim desestimular que ele repita o comportamento ilícito.

Por outro lado, quando aplicado com a função de punir, a comprovação da existência de dolo ou culpa grave se mostra necessária, justamente porque, se o

¹⁰⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O código civil e sua interdisciplinaridade**: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 374.

desvalor da conduta é o que qualifica o dano como passível de um acréscimo na condenação, a intenção do ofensor em realizá-lo deve estar comprovada, sob pena de inexistência de seu elemento condicionador.¹⁰⁸

4.3 Diferenças entre o dano social, o dano moral coletivo e o dano moral individual

Devido ao seu caráter coletivo, o dano social pode ser facilmente confundido com o dano moral coletivo, entretanto, ambos possuem características marcadamente distintas. A principal diferença entre eles é a de que o dano social não se limita apenas à esfera extrapatrimonial do ofendido, e nem mesmo pressupõe a existência de um dano moral para que seja aplicado. Pode até mesmo envolver uma situação jurídica que cause apenas dano material.

Em outras palavras, uma situação que envolve dano social pode não causar dano moral a nenhum participante da relação jurídica em pauta, mas apenas dano material. Enquanto que uma situação que envolva dano moral coletivo pressupõe necessariamente a existência de um dano moral, qual seja, aquele oriundo da dor e do sofrimento humano.

Ademais, os danos morais coletivos referem-se a situações danosas que atingem um grupo, categoria ou classe, que se encontram ligados por meio de uma mesma relação jurídica base¹⁰⁹, enquanto que os danos difusos atingem bens de titularidade de pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias fáticas, mas nem sempre jurídicas,¹¹⁰ como em casos que envolvam meio ambiente ou consumo, por exemplo.¹¹¹

A confusão entre dano social e dano moral coletivo é causada em grande parte também em razão da semelhança de origens entre o dano social e o dano moral propriamente dito.

¹⁰⁸ Tal comprovação pode ser feita por meio de características objetivas do fato, já que é impossível ao julgador adentrar na consciência do ofensor a fim de apurar sua intenção ao praticar o ato.

¹⁰⁹ **Código de Defesa do Consumidor:**

Art. 81, inc. II: interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

¹¹⁰ **Código de Defesa do Consumidor:**

Art. 81, inc. III: interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

¹¹¹ TARTUCE, Flavio. **Direito Civil:** direito das obrigações e responsabilidade civil. Vol. II. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 463.

Segundo Judith-Martins Costa, o dano moral foi criado com o intuito não só de reparar o prejuízo extrapatrimonial causado ao ofendido - que antes restava impune, uma vez que só havia previsão para indenização de prejuízos patrimoniais- mas também com uma raiz de “ódio ao ofendido”¹¹², remetendo à noção de pena privada.¹¹³

Já no Direito anglo-saxão, berço dos *punitive damages*, o dano moral foi separado dos danos punitivos, sendo estes reservados para casos excepcionais, e aqueles relegados à função meramente compensatória. No entanto, o mesmo não ocorreu no Brasil, que destinou ambas as funções ao dano moral, e desembocou em uma discussão doutrinária até hoje não pacificada- uma vez que não há nenhum dispositivo legal que expresse a verdadeira função do dano moral- e que, embora tenha sido neutralizada pela Constituição¹¹⁴, ainda causa alguns problemas práticos na jurisprudência.

Existem no ordenamento pátrio três correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre a função do dano moral. A primeira diz que estes são apenas compensatórios, a segunda, que não possui muitos adeptos, afirma que eles são apenas punitivos, e a terceira, e mais adotada pela jurisprudência¹¹⁵, advoga que são uma mistura de ambos, tendo como função a compensatória e a punitiva.¹¹⁶

A parte mais conservadora da doutrina é normalmente adepta da primeira teoria, e entende que as funções sancionatórias e preventivas não são as funções por excelência do dano moral, o qual tem a missão apenas de ressarcir e reparar,

¹¹² MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiv: punitive damages e o direito brasileiro. **R. CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 15. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 6 d outubro de 2015.

¹¹³ Antonio Junqueira de Azevedo, afirma que, ao contrário do que possa parecer, o Código Civil é recheado de situações que indicam a aplicação de uma pena, além de que, a ideia de pena privada perpassa toda a origem do dano moral. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O código civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 372.)

¹¹⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O código civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 370.

¹¹⁵ Maria Celina Bodin de Moraes lembra que, por falta de requisitos específicos para quantificação do dano moral, é comum que os julgadores acrescentem um percentual pecuniário no *quantum* indenizatório, como forma de punir condutas ilícitas e anti-sociais. (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 28.)

¹¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Op. cit., p. 23.

sob pena de incorrer em enriquecimento ilícito da vítima. Entre estes autores encontram-se Pontes de Miranda, Orlando Gomes e José de Aguiar Dias.¹¹⁷

Afirma Orlando Gomes que: “a relação obrigacional entre o agente e a vítima tem como conteúdo a pretensão do prejudicado à reparação do dano”¹¹⁸, e acrescenta que “quando nenhum prejuízo se verificou ainda, a pretensão de fim preventivo não constitui conteúdo da relação obrigacional oriunda de ato ilícito”.¹¹⁹

Carlos Alberto Bittar, por sua vez, encontra-se entre os adeptos da terceira corrente, e embora considere a função reparatória e não a punitiva como elemento intrínseco dos danos morais¹²⁰, reconhece que a punição é cada vez mais utilizada pela jurisprudência como forma de alcançar a reparação integral da vítima e desestimular o cometimento de futuros danos.¹²¹

Em meio a tamanha controvérsia, a posição adotada pelo STJ é a de que a condenação do dano moral não deve ensejar enriquecimento indevido para vítima, ou seja, a indenização deve ser submetida a critérios de razoabilidade para que seja indenizada apenas a dor sofrida, o que é incompatível com a doutrina dos danos punitivos ou preventivos.¹²²

Ainda que o debate permaneça, introduzir a função punitiva da responsabilidade civil no dano moral de forma desmedida, sem seguir critérios dispostos para tanto, e sem que seja feita a devida fundamentação, implicaria em uso irresponsável do direito. Segundo Junqueira de Azevedo, os institutos jurídicos devem ser aplicados segundo suas funções e critérios próprios, com a devida fundamentação pelo magistrado, imbuído do poder de dizer o direito, o que vai contra a ideia de inserção do elemento sancionador de forma dissimulada dentro do dano moral.¹²³

¹¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 28.

¹¹⁸ GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Atualizado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 91.

¹¹⁹ Idem.

¹²⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 60.

¹²¹ Ibidem, p. 215.

¹²² MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o direito brasileiro. **R. CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 23. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 6 d outubro de 2015.

¹²³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O código civil e sua interdisciplinaridade**: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 371.

Além disso, segundo ele, essa atitude não deve ser tomada, uma vez que a indenização com função compensatória é destinada à vítima, enquanto que a função punitiva é muito mais ligada ao ofensor. Explica:

(...) os danos, especialmente os morais, não poderiam ser aumentados com um *plus*, a título de pena ou dissuasão, porque essas verbas não são, evidentemente, cobertura dos danos da vítima. Têm outras finalidades; basta pensar, aliás que estão centradas no agente do dano, e não, na vítima.¹²⁴

Como bem resumem Judith Martins-Costa e Mariana Parglender, no que tange à distinção entre os danos puramente morais e os danos punitivos:

É preciso, pois, distinguir: uma coisa é arbitrar-se indenização pelo dano moral que, fundada em critérios de ponderação axiológica, tenha caráter compensatório à vítima, levando-se em consideração- para a fixação do montante- a concreta posição da vítima, a espécie de prejuízo causado e, inclusive, a conveniência de dissuadir o ofensor,...; outra coisa é adotar-se a doutrina dos *punitive damages* que, passando ao largo da noção de compensação, significa efetivamente – e exclusivamente- a imposição de uma pena, com base na conduta altamente reprovável (dolosa ou gravemente culposa) do ofensor, como é próprio do direito punitivo.¹²⁵

As autoras referem-se, contudo, aos *punitive damages*, instrumento do direito comparado que não pode ser confundido com o dano social, uma vez que possuem origens e critérios de aplicação distintos. No entanto, cabe a inserção da diferenciação feita por elas para mostrar que, de fato, a função punitiva- presente tanto nos *punitive damages* quanto no dano social- não deve ser inserida sem critérios dentro do dano moral, de natureza primordialmente compensatória.

4.4 Legitimidade para pleitear o dano social

Ensina Orlando Gomes que: “tem legitimação para exigir a indenização do dano a pessoa prejudicada.”¹²⁶ Embora a lei preveja exceções para esta regra geral,

¹²⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O código civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 371.

¹²⁵ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *punitive damages* e o direito brasileiro. **R. CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 23. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 6 d outubro de 2015.

¹²⁶ GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Atualizado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 89.

tem-se que nem todas as pessoas que sofreram o dano têm direito a pleitear sua indenização, mas apenas aquela que foi diretamente atingida pelo ato danoso.¹²⁷

Nos ensinamentos de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, a legitimidade é a condição da ação que diz respeito à simetria que deve existir entre o titular da relação jurídica de direito material que integra a lide, e o titular da respectiva relação jurídica processual. Divide-se em legitimidade *ad causam* (legitimidade para a causa) e legitimidade *ad processum* (legitimidade processual), e é comum que o indivíduo que tenha legitimidade para a causa, tenha também legitimidade processual. A separação entre ambas as legitimidades depende de situação excepcional, regulada expressamente por lei.¹²⁸

Para se falar em legitimidade para o pleito do dano social, é necessário primeiramente precisar sua destinação.

Devido à complexidade do tema¹²⁹, os dois autores que são referência no assunto dividem-se neste ponto. Flávio Tartuce defende a destinação do *quantum* indenizatório referente ao dano social a um fundo social ou instituição de caridade sob o argumento de que “se os prejuízos atingiram toda a coletividade, em um sentido difuso, os valores de reparação devem também ser revertidos para os prejudicados, mesmo que de forma indireta”.¹³⁰

Para ilustrar sua opinião, cita um julgado que ficou conhecido na jurisprudência por ser um dos pioneiros a citar o dano social no âmbito consumerista, envolvendo um senhor e uma empresa de seguro saúde. A apelação, de relatoria de Teixeira Leite, foi julgada no Tribunal da Justiça de São Paulo. Em decisão unânime, foi identificada a ocorrência de dano social, em razão de reiteradas negativas de coberturas médicas por parte da operadora do plano de saúde.

¹²⁷ GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Atualizado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 89.

¹²⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol. I. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 283.

¹²⁹ “Os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos exigem a remodelação das ideias tradicionais de legitimidade para a causa (...) que foram concebidas para servir a sistemas e a Estados completamente diferentes dos de hoje.” MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Porto Alegre: Síntese, v. 36, 2001, p. 59.

¹³⁰ TARTUCE, Flávio. Reflexões sobre o dano social. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 59, nov. 2008. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3537. Acesso em: 15 de setembro de 2015.

O autor da demanda recebeu danos morais no montante de R\$ 50.000,00 e a empresa requerida foi condenada ao pagamento de R\$ 1.000.000,00 referentes a danos sociais, destinados ao Hospital das Clínicas de São Paulo, que não era parte na lide. Trata-se do acórdão de nº 0027158-41.2010.8.26.0564¹³¹:

PLANO DE SAÚDE. Pedido de cobertura para internação. Sentença que julgou procedente pedido feito pelo segurado, determinado que, por se tratar de situação de emergência, fosse dada a devida cobertura, ainda que dentro do prazo de carência, mantida.

DANO MORAL. Caracterização em razão da peculiaridade de se cuidar de paciente acometido por infarto, com a recusa de atendimento e, consequentemente, procura de outro hospital em situação nitidamente aflitiva.

DANO SOCIAL. Caracterização. Necessidade de se coibir prática de reiteradas recusas a cumprimento de contratos de seguro saúde, a propósito de hipóteses reiteradamente analisadas e decididas. Indenização com caráter expressamente punitivo, no valor de um milhão de reais que não se confunde com a destinada ao segurado, revertida ao Hospital das Clínicas de São Paulo.

LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. Configuração pelo caráter protelatório do recurso. Aplicação de multa.

Recurso da seguradora desprovido e do segurado provido em parte.

A respeito da decisão, Flávio Tartuce destaca que o dano social foi fixado de ofício pelos julgadores, o que entende como correto, sob o argumento de que a demanda tratava de litígio consumerista, e o CDC, como norma de ordem pública, pode ser aplicado *ex officio* pelo julgador.¹³² Nas palavras do jurista:

(...) toda proteção constante da Lei Consumerista pode ser reconhecida de ofício pelo julgador, inclusive o seu art. 6, inc. VI, que trata dos danos morais coletivos e dos danos sociais ou difusos, consagrando o princípio da reparação integral dos danos na ótica consumerista.¹³³

Em sentido oposto, afirma Junqueira de Azevedo que a indenização referente ao dano social deve ser entregue à própria vítima do dano que ingressou em juízo. Segundo ele, embora a indenização do dano social, em tese, possa ser de fato encaminhada para um fundo social- como forma de ressarcimento da sociedade como um todo- a exemplo do que ocorre em caso de danos ambientais, bem como

¹³¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 4ª Câmara de Direito Privado. **Acórdão n. 0027158-41.2010.8.26.0564**. Relator: Desembargador Teixeira Leite. São Paulo, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>> . Acesso em: 22 de outubro de 2015.

¹³² Sem embargo, é demonstrado no capítulo 6 que não é de condenação *ex officio* que se trata, mas sim de adequação jurídica do pedido do requerente.

¹³³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. Vol. II. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 462.

em razão da brecha legislativa existente no art. 883 do CC¹³⁴- que admite situações em que o *quantum* indenizatório não é destinado à própria vítima do ilícito- há duas razões para que isso não ocorra. Explica que sua resposta para o tema é uma questão de política legislativa.¹³⁵

A primeira delas é o fato de que para que o dano social seja efetivamente encaminhado para um fundo social, o pedido deveria ser feito por um dos órgãos da sociedade, legitimados para atuarem em ações coletivas, como é o caso do Ministério Público. Contudo, o jurista aponta para a irracionalidade de atribuir mais uma função a tais órgãos, que já se encontram abarrotados de tarefas e atuam abaixo do nível de efetividade esperado.¹³⁶

A segunda é que, quando se atribui a indenização à própria vítima do ilícito, faz- se recompensa àquele que atua em prol da sociedade. Junqueira de Azevedo parte da premissa de que, nos casos que envolvem dano social, o indivíduo atua com um *múnus* público de defensor da sociedade.¹³⁷ Neste sentido, advoga:

O autor, vítima, que move a ação, age também como um “promotor público privado” e, por isso, merece a recompensa. Embora esse ponto não seja facilmente aceito no caso da mentalidade jurídica brasileira, parece-nos que é preciso recompensar, e estimular, aquele que, embora por interesse próprio, age em benefício da sociedade. Trata-se de incentivo para um aperfeiçoamento geral.¹³⁸

No caso da tese defendida por Junqueira de Azevedo, de destinação individual do dano, tem-se que a legitimidade para pleiteá-lo é do próprio indivíduo que sofreu o dano, e não há que se falar em necessidade de proposição de nenhuma das espécies de ações coletivas para seu recebimento. Esta legitimidade individual é justificada pelo fato de que o indivíduo que sofreu o dano também se insere na coletividade vitimizada. Portanto, além de ter sofrido o dano específico daquele caso, também sofreu o dano em sua vertente social, com o rebaixamento

¹³⁴ **Código Civil:**

Art. 883: Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.

Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

¹³⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O código civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 376.

¹³⁶ Ibidem, p. 377.

¹³⁷ Idem.

¹³⁸ Idem.

da qualidade de vida da população, na qual se inclui como cidadão. Deste modo, enquadra-se na qualidade de legitimado ativo tanto para pleitear tanto o dano individual, quanto o dano social, já que o dano em sua vertente social será também a ele destinado.

Ainda, cabe acrescentar que a necessidade de ingresso de órgãos representantes da sociedade afim de legitimar o pleito do dano social vai contra a celeridade processual e a informalidade existente no âmbito dos Juizados Especiais, que concentra o maior número de causas consumeristas, as quais, por sua vez, são as maiores fontes de dano social. Ademais, resguardar a proteção dos direitos do consumidor apenas às ações coletivas não condiz com o objetivo para o qual os Juizados Especiais Cíveis foram criados, que é justamente proteger da forma mais efetiva e célere possível a vítima do dano.

O que se propugna, então, não é uma ação propriamente coletiva para condenação do dano social, mas sim uma ação individual, na qual se reivindica o direito por uma parcela do direito difuso, já que o demandante também se encontra entre uma das pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias fáticas, que são titulares desse direito.

A tese defendida por Flávio Tartuce, embora mais atenta ao aspecto social do dano, apresenta maiores problemas no que tange à legitimidade do sujeito individualizado para pleitear uma indenização que não será a ele direcionada.

Uma saída legislativa para a destinação da indenização para um fundo social ou uma instituição de caridade – que é muito utilizada na prática, embora não seja juridicamente correta- é a aplicação do art. 13 da Lei 7.347/85, que disciplina sobre as ações civis públicas, o qual dispõe:

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

A solução não se mostra adequada para justificar a condenação do dano a um fundo social, pelo fato da Lei 7.347/85- da qual se extrai o citado artigo- ser direcionada à atuação de legitimados específicos, dispostos em seu art. 5º¹³⁹, rol no

¹³⁹ **Lei 7.347/85:**

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

qual não está incluída a vítima individualizada do dano. Portanto, uma vez que a Lei não prevê a possibilidade do indivíduo ingressar com ação civil pública para pleitear indenização referente a um dano difuso, mostra-se incongruente a sua aplicação para justificar a destinação social do dano em demandas iniciadas por particulares.

Embora à primeira vista possa parecer mais justo o direcionamento da indenização para um fundo social ou uma instituição de caridade, tendo em vista que a vítima do dano social é uma parcela significativa da sociedade, o fato é que o aparato legislativo brasileiro hoje não prevê nenhum artigo ou diploma legislativo delineando este tema. Conceder uma destinação social à indenização do dano abriria um espaço de muita discricionariedade para o juiz, e causaria insegurança jurídica. Essa liberdade de condenação, neste momento, não parece a solução mais adequada para tais casos, mas seria perfeitamente condizente com o dano social se houvesse aparato legislativo para tanto.

A justa destinação do dano social mostra-se, portanto, como um problema a ser resolvido futuramente, com a evolução doutrinária, legislativa e jurisprudencial sobre o tema, uma vez que necessita de um suporte legislativo sólido, sob pena do Judiciário incorrer em ativismo judicial infundado. Lembra Cândido Dinamarco que, “(...) não deve emanar a ideia de uma carga excessiva e perigosa de poderes entregues ao Juiz. Legislador ele não é e, com as ressalvas postas, sempre continua o juiz sujeito à lei.”¹⁴⁰ Essa é opinião expressa também de Ricardo Lorenzetti, para quem “ (...) o juiz não pode improvisar nem se apressar; deve ser consciente dos interesses em jogo e das consequências de suas decisões.”¹⁴¹

Como bem resumiu Maria Celina Bodin de Moraes, “o sistema de Direito Privado está à espera da redefinição do fundamento e da extensão dos seus principais institutos jurídicos, da reposição de seus conceitos estruturantes”¹⁴², entre os quais se encontra a responsabilidade civil.

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente: (...)

¹⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 349.

¹⁴¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Las normas fundamentales de derecho privado**. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores. [s.d.], p. 305. Tradução Livre.

¹⁴² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 73.

5. AS MATIZES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O dano social insere-se no âmbito geral da responsabilidade civil, e, portanto, faz-se mister explicar a natureza jurídica das responsabilidades, bem como exemplificar os diferentes tipos e categorias existentes, enquadrando-o em sua devida definição.

5.1 Responsabilidade civil: da responsabilidade subjetiva à responsabilidade objetiva

Na sociedade de riscos atual, onde a intensificação das relações humanas gera um aumento do risco de cometimento de ilícitos e causação de danos, a divisão tradicional da responsabilidade civil em patrimonial e extrapatrimonial se mostra insuficiente para abarcar as novas situações jurídicas. As extensões dos novos danos exigem muito mais que isso. É preciso transpor a tênue fronteira existente entre as categorias tradicionais para que se garanta uma reparação que faça jus ao anseio de justiça social positivado pela Constituição em seu art. 3¹⁴³.

Com esse pano de fundo, pode-se dizer que a reparação integral do dano é o escopo principal da responsabilidade civil. Embora a total restituição do prejuízo seja uma utopia, devido à impossibilidade de conduzir a vítima exatamente ao *status quo ante* existente antes da prática do ilícito, o instituto é cada vez mais utilizado como forma de se chegar o mais próximo possível deste objetivo.¹⁴⁴

De Plácido e Silva define a responsabilidade civil como: “(...) a obrigação de reparar o dano ou de ressarcir o dano, quando injustamente causado a outrem. (...) resulta da ofensa ou da violação de direito, que redunde em dano ou prejuízo a outrem.”¹⁴⁵

A responsabilidade civil é, portanto, o mecanismo do direito destinado à harmonização das relações sociais. No âmbito patrimonial, ela se dá com a restituição do patrimônio da vítima empregado para reparação do encalço, e também daquele o qual ela ficou desprovida de receber durante o período de ocorrência do

¹⁴³ **Constituição Federal:**

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

¹⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 27.

¹⁴⁵ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 1214.

dano. Já no âmbito extrapatrimonial, atua de forma a ressarcir o dano sofrido pela vítima em seu âmago, por meio de uma indenização pecuniária.

O tema ganha adequada conceituação por Carlos Alberto Bittar:

Traduz-se pela determinação, no âmbito jurídico, dos efeitos decorrentes de fatos humanos produtores de lesões a certos interesses alheios protegidos, que ao Direito compete regular, na defesa dos valores maiores da sociedade e da pessoa, e, com isso, garantir a fluência natural e pacífica das interações sociais.¹⁴⁶

A responsabilidade civil é objeto de inúmeras teorias e correntes doutrinárias, e, para fins acadêmicos, é dividida em civil ou penal; contratual ou extracontratual, e também em subjetiva ou objetiva.

Interessa aqui esmiuçar as diferenças existentes entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva, uma vez que ambas podem dar origem ao dano social. A primeira considera a culpa ou negligência do causador do dano como o principal fator a ensejar responsabilização. Já para a segunda, basta a existência do dano e do nexo causal para que surja o dever de indenizar. Uma não exclui a outra, ambas estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro, e são empregadas de acordo com cada caso concreto, a depender da atividade causadora do dano.

Não obstante, assim como grande parte do sistema jurídico brasileiro, o instituto da responsabilidade civil evoluiu de maneira significativa ao longo do Século XX. A culpa, que era a grande linha mestra da responsabilidade no Código de 1916 perdeu um pouco do seu prestígio após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o advento do Código Civil de 2002. A responsabilidade subjetiva, baseada na culpa, cedeu seu lugar de destaque à responsabilidade objetiva, na qual apenas o dano e o nexo de causalidade são necessários para ensejar responsabilização, nos casos especificados em lei. Segundo Orlando Gomes, “a necessidade de substituir o fundamento da responsabilidade civil manifestou-se em face de novas situações nas quais a fidelidade ao subjetivismo importaria flagrante injustiça”.¹⁴⁷

Tal mudança se fez necessária no bojo desta nova sociedade de risco, na qual o indivíduo está a todo momento exposto a ilícitos civis, e necessita da proteção do direito de forma mais abrangente. Explica Sergio Cavalieri Filho:

¹⁴⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 14.

¹⁴⁷ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 83.

É que a implantação da indústria, a expansão do maquinismo e a multiplicação dos acidentes deixaram exposta a insuficiência da culpa como fundamento único e exclusivo da responsabilidade civil. Pelo novo sistema, provados o dano e o nexo causal, exsurge o dever de reparar, independentemente de culpa. O causador do dano só se exime do dever de indenizar se provar a ocorrência de alguma das causas de exclusão do nexo causal- caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro.¹⁴⁸

A responsabilidade fundada na culpa estava disposta no art. 159¹⁴⁹ do antigo Código Civil, e era o único artigo de todo o Código que versava sobre o assunto. Segundo sua dicção, para que autor do dano fosse devidamente responsabilizado era necessária a comprovação de sua culpa no ocorrido, o que acabava por gerar uma grande porcentagem de impunidade, já que comprovar a presença de um elemento subjetivo no ato não é tarefa fácil para o operador do direito.¹⁵⁰

O primeiro grande passo no abandono da culpa como elemento principal da responsabilização civil foi dado pela Constituição Federal ao estender a responsabilidade objetiva a todos os prestadores de serviços públicos, bem como ao pacificar questões referentes ao dano moral -que era objeto de grandes discussões doutrinárias- em seus artigos 5, inc. V e X e 37, § 6.¹⁵¹

Mudança mais significativa que esta foi orquestrada pelo CDC, que transferiu os riscos decorrentes das relações de consumo para o fornecedor, tirando esse peso do consumidor, bem como estendeu a responsabilidade objetiva a todos os acidentes de consumo.¹⁵² Nas palavras de Cavalieri Filho, “a partir dele, a responsabilidade objetiva, que era exceção em nosso Direito, passou a ter um campo de incidência mais vasto do que a própria responsabilidade subjetiva.”¹⁵³

Por fim, o Código Civil de 2002 veio consagrar de vez a tendência objetivista da responsabilidade civil, ao estabelecer três cláusulas gerais sobre o tema em seus artigos 927, 187 e 931.

Em linhas gerais, no que diz respeito à responsabilidade objetiva, dispõe o Código Civil que aqueles que causarem dano a *outrem* em decorrência do cometimento de atos ilícitos, deverão repará-los, independentemente de terem agido

¹⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5.

¹⁴⁹ **Código Civil de 1916:**

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano

¹⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 32.

¹⁵¹ Ibidem, p. 5.

¹⁵² Ibidem, p. 6.

¹⁵³ Ibidem, p. 33.

com culpa, nos casos especificados em lei¹⁵⁴. Significa dizer que não se faz mais necessária a comprovação da existência de culpa do agente causador do dano para que surja o dever de indenizar.

Ainda, define em seu art. 187 o abuso de direito como sendo ato ilícito¹⁵⁵, o que aumenta significativamente as situações passíveis de indenização, e ainda eleva a boa-fé à elemento norte em todo comportamento passível de causar efeitos na esfera jurídica.

5.2 Função social da responsabilidade civil

Ao se tomar por base a trajetória percorrida pela responsabilidade civil dentro do ordenamento jurídico brasileiro, pode-se dizer que ela assumiu tendências mais sociais ao longo das décadas.

Nesse ínterim, Maria Celina Bodin de Moraes atenta para a funcionalização do instituto, que é cada vez mais aplicado não só com vistas à realização da justiça, mas também com o escopo de por em prática o preceito constitucional da solidariedade social.¹⁵⁶

O surgimento das primeiras discussões envolvendo a funcionalização dos institutos do direito civil deu-se com a positivação na Constituição dos arts. 5, XXIII e 170, III, que versam sobre a função social da propriedade. Desta abertura, surgiu a discussão sobre a extensão da função social aos contratos, vez que estes são a forma jurídica por excelência de aquisição da propriedade.¹⁵⁷ E, atualmente, se debate na doutrina a questão da função social da responsabilidade civil.

Seguindo a postura solidarista adotada pelo Código Civil em consonância com os valores expressos na Constituição Federal, os principais institutos do direito civil passaram a ser analisados não apenas pelas suas funções precípuas, mas também por suas funções sociais. Significa dizer que, em uma visão atualizada do

¹⁵⁴ **Código Civil:**

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹⁵⁵ **Código Civil:**

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁵⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 24.

¹⁵⁷ SOTO, Paulo Neves. Novos perfis do direito contratual. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira, et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 255.

direito, a propriedade, a empresa, a família e responsabilidade civil não são mais estudadas de forma isolada de seu contexto social, como ocorria sob a égide do Código Civil de 1916, de tendência fortemente individualista.

Essa nova hermenêutica, aplicada à responsabilidade civil, é bem definida por Flávio Tartuce como:

A função social da responsabilidade civil deve ser encarada como uma análise do instituto de acordo com o meio que o cerca, com os objetivos que as indenizações assumem perante o meio social. Mais do que isso, a responsabilidade civil não pode ser desassociada da proteção da pessoa humana, e da sua dignidade como valor fundamental.¹⁵⁸

Além de ter adquirido ares utilitaristas, a responsabilidade civil foi elevada pela Constituição Federal de 1988 a instituto máximo de proteção dos direitos fundamentais¹⁵⁹ - o que às vezes acaba por acarretar verdadeiros embates entre os direitos fundamentais do ofendido e do ofensor. Sob este prisma, é preciso que o papel da responsabilidade civil esteja em compasso com o grau de proteção conferido pelo ordenamento ao direito lesionado.¹⁶⁰

A função social da responsabilidade civil é primordialmente, então, a de manter vivos os direitos fundamentais do ordenamento jurídico,¹⁶¹ ao passo em que cumpre suas funções primeiras de ressarcir e compensar. Nas palavras de Lorenzetti, “o grupo de direitos fundamentais atua como um núcleo, ao redor do qual se pretende que gire o direito privado; um novo sistema solar em que o Sol é a pessoa humana”.¹⁶²

Ainda, ressalta Paulo Neves Soto que, de um modo geral, a função social aparece no direito civil não só como forma de impor limites e determinar balizas para o exercício da responsabilização, mas também como uma verdadeira cláusula geral de garantia dos direitos coletivos sobre os privados, e de incentivo para uma responsabilização mais justa e solidária.¹⁶³

¹⁵⁸ TARTUCE, Flavio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. Vol. II. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 456.

¹⁶⁰ PINTO, Helena Elias. **Função social e responsabilidade civil**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3323fe11e9595c09>>. Acesso em: 7 de outubro de 2015.

¹⁶¹ Idem.

¹⁶² LORENZETTI, Ricardo Luis. **Las normas fundamentales de derecho privado**. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores. [s.d.], p. 104. Tradução Livre.

¹⁶³ SOTO, Paulo Neves. Novos perfis do direito contratual. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira, et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 261.

Mais do que isso, garantir um caráter social a tal instituto contribui para o restabelecimento do conceito global e abstrato de cidadão e de povo, que, segundo Lorenzetti, foi perdido em razão da explosão de normas especiais em detrimento das gerais e abstratas. Assevera o autor que o cidadão é cada vez mais tratado pelas legislações em razão de sua conduta em dado momento fático, e não em sua completude, como cidadão.¹⁶⁴ Em paralelo a essa afirmação, a atribuição de caráter social a um instituto de tamanha importância como a responsabilidade civil, contribui para o resgate de uma consciência comum do cidadão, de proteção de direitos essenciais ao povo como um corpo unificado.

De acordo com esse ponto de vista, pode-se dizer que as reparações no âmbito civil não devem considerar apenas o ressarcimento patrimonial ou moral, mas também as consequências sociais causadas pelo dano, e consequentemente, pela posterior indenização.

Sensível a isto, o operador do direito deve levar em consideração não só os elementos intrínsecos do dano no momento de indenizar, mas também a sua repercussão na sociedade. A responsabilidade civil mais do que restabelecer a situação existente antes da prática do ilícito, serve também como forma de restabelecer a paz social, de modo a fomentar um ambiente de confiança na Justiça.

5.3. Funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil

Além da função social, é discutível também a existência das funções punitiva e preventiva na responsabilidade civil.

No que tange à função punitiva, em que pese alguns autores mais conservadores afirmem que esta função é exclusiva do âmbito penal, a teoria de que a responsabilidade civil possui uma vertente de punição ganha cada dia mais adeptos.¹⁶⁵ Condizente com ela está Antonio Junqueira de Azevedo, que afirma ser a “pena” algo comum na legislação civilista, ao contrário do que possa parecer à

¹⁶⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Las normas fundamentales de derecho privado**. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores. [s.d.], p. 20.

¹⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o direito brasileiro. **R. CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 21. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 6 d outubro de 2015.

primeira vista. Segundo o jurista, “não é verdade que o direito civil não puna”¹⁶⁶. Em seu artigo “Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social”, ele cita inúmeros exemplos de situações nas quais a punição ocorre, inclusive com a utilização da palavra “pena”, pelo Código Civil¹⁶⁷, e afirma que o que as difere do âmbito penal é a não exigência de tipicidade rígida para que sejam aplicadas.¹⁶⁸

A discussão é válida, uma vez que a aplicação de sanção juntamente com a reparação de danos (cada vez mais presente na jurisprudência) não é a função original da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro¹⁶⁹, que tem como cerne o restabelecimento do *status quo* existente antes da prática do ilícito, através da compensação e reparação do dano, e não a aplicação de penas aos ofensores.¹⁷⁰

Ademais, se observa no Brasil, que as questões que envolvem a existência de uma função exemplar da responsabilidade civil ainda se resguardam de modo quase absoluto ao âmbito do dano moral¹⁷¹, e se fecham à possibilidade de existência de outras modalidades de dano extrapatrimonial, diferentemente do que ocorre nos sistemas jurídicos de *Common Law*.

A matriz de sanção com valor de desestímulo é um instituto tradicionalmente utilizado pelo Direito anglo-saxão, que desde os seus primórdios possui institutos na

¹⁶⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O código civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 372.

¹⁶⁷ É o que se vê, por exemplo, nos casos dos artigos 1.992 e 1.993 do Código Civil, que dispõe a respeito de herdeiros que sonegam os bens da herança, e como “pena” perder o direito que tinha sobre eles, bem como as demais consequências dispostas no artigo 1.993. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O código civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 372.)

¹⁶⁸ Ibidem, p. 373.

¹⁶⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 36.

¹⁷⁰ No entanto, nem sempre foi assim. O direito clássico Romano admitia a aplicação de penas privadas em casos em que uma pessoa tivesse seus interesses privados violados, e optasse por através do seu direito de ação- aplicar uma sanção ao ofensor, que seria convertida à vítima em forma de pecúnia; não para fins de ressarcimento, mas sim para fins punitivos. (MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o direito brasileiro. **R. CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 17. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 6 d outubro de 2015.)

¹⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o direito brasileiro. **R. CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 22. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 6 d outubro de 2015.

responsabilidade civil com função punitiva, exemplar ou preventiva¹⁷², e é muito aplicada nos Estados Unidos da América como forma de refrear comportamentos ilícitos recorrentes ou danos considerados inadmissíveis. Ficou conhecida como doutrina dos *punitive damages*.

Os *punitive damages* anglo-saxônicos são muito bem definidos por Judith Martins- Costa e Mariana Souza Parglender como:

Também chamados *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*) opondo-se – nesse aspecto funcional – aos *compensatory damages*, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo.¹⁷³

No país norte-americano, a decisão sobre a fixação dos *punitive damages* é relegada ao júri¹⁷⁴, o que se mostra totalmente incompatível com a estrutura cível brasileira, onde inexistente júri¹⁷⁵. É permitido, também, que seguros cubram tais indenizações, de modo que estas, justamente por esse motivo, tendem a ser aplicadas em quantias exorbitantes, outra peculiaridade que não é admitida no direito brasileiro, que tem como cláusulas gerais de indenização a proporcionalidade, a razoabilidade e a vedação ao enriquecimento sem causa da vítima. E, por fim, no sistema norte- americano, o juiz não é obrigado a referir as fontes normativas das quais retirou a norma aplicada no caso, uma vez que pode, ele mesmo, criá-la.¹⁷⁶

O sistema jurídico brasileiro possui estrutura material e formal diferentes dos Estados Unidos, e os critérios de aplicabilidade dos *punitive damages* são incompatíveis com a estrutura processual brasileira, de matriz *Civil Law*. Contudo, ainda que não se mostre razoável a transposição de tal instituto para o ordenamento

¹⁷² MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *punitive damages* e o direito brasileiro. R. CEJ, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 18. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 6 d outubro de 2015.

¹⁷³ Ibidem, p. 16.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 19.

¹⁷⁵ Sobre o tema, dispõe Barbosa Moreira: “ (...) durante largo tempo, nada importava que se cuidasse de matéria penal ou civil; não se ignora, de resto, que essa própria distinção, em si mesma, só veio a estabelecer-se com suficiente nitidez em estádios relativamente avançados da evolução do direito”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual civil**: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 162.)

¹⁷⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 34.

jurídico brasileiro, isso não significa dizer que o debate sobre a função punitiva da responsabilidade civil ou de até mesmo de um instituto jurídico que tenha como função precípua a de punir não seja relevante. No Brasil, ele é essencial, uma vez que por falta de mecanismos próprios para aplicações de sanções no âmbito cível, o elemento sancionador é normalmente incluído dentro das indenizações por dano moral.

Essa inclusão “dissimulada” do elemento sancionador dentro do dano moral, nas palavras de Junqueira de Azevedo, caracteriza um mau direito, uma vez que as funções ressarcitória e punitiva possuem diferentes características¹⁷⁷ que não podem ser reunidas sem a devida fundamentação.¹⁷⁸ No mesmo sentido estão os ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes: “daí porque não se reconhecer função punitiva à reparação do dano moral. Não se poderá, através da responsabilidade civil, abranger uma pluralidade – ou sequer a duplicidade- de objetivos, tais como punir, inibir, desestimular (...)”.¹⁷⁹

Além disso, a inclusão descuidada do elemento punitivo dentro do dano moral causa também insegurança jurídica na matéria, imprevisibilidade nas decisões,¹⁸⁰ e mostra-se problemática nos casos onde existe dano patrimonial em condutas não exemplares, mas não existe dano moral propriamente dito. Isto porque, os danos materiais são incompatíveis com a introdução de elemento punitivo, uma vez que são destinados a ressarcir exatamente o montante perdido, ou os lucros cessantes.

Carlos Alberto Bittar versa sobre a tendência punitiva da responsabilidade civil em âmbito brasileiro. Nas palavras dele:

Nesse sentido é que a tendência manifestada, a propósito, pela jurisprudência pátria, é da fixação de valor de desestímulo como fator de inibição a novas práticas lesivas. Trata-se, portanto, de valor que, sentido no patrimônio do lesante, possa fazê-lo conscientizar-se de que não deve persistir na conduta reprimida ou, então, deve afastar-se da vereda indevida por ele assumida. De outra parte, deixa-se, para a coletividade, exemplo expressivo da reação que a ordem jurídica reserva para infratores nesse

¹⁷⁷ A função punitiva ou preventiva se direciona para o agente causador do dano, enquanto as funções compensatória e reparatória são dirigidas à vítimas, de modo que não devem ser confundidas.

¹⁷⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O código civil e sua interdisciplinaridade**: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 371.

¹⁷⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 305.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 31.

campo e em elemento que, em nosso tempo, tem-se mostrado muito sensível para as pessoas, ou seja, o respectivo acervo patrimonial.¹⁸¹

De outro norte, quanto à função preventiva da responsabilidade civil, defende Carlos Pianovski a sua aplicação no que diz respeito a ofensas graves à dignidade humana.¹⁸² Nas palavras do jurista, “se, por um lado, é certo que a responsabilidade civil somente tem lugar após a produção do dano, não se pode olvidar sua dimensão dialética, que permite sua utilização como instrumento “pedagógico” de prevenção.”¹⁸³ Acrescenta que, embora a indenização pecuniária nesses casos ainda se mostre extremamente ligada uma vertente patrimonialista do direito, ela ainda é a solução mais eficiente para tais casos, principalmente naqueles que versam sobre danos causados pelo exercício da atividade econômica.¹⁸⁴

Em caso de aplicação de indenização por danos causados por agente econômico, com vistas à função preventiva, Carlos Pianovski lembra que o *quantum* deve conter um valor monetário que efetivamente “(...) desequilibre a equação custo-benefício realizada pela atividade econômica, através de sua racionalidade meio-fim”.¹⁸⁵ Nesses casos, para que a indenização seja eficiente, é preciso desbancar a ideia de que a violação dos direitos humanos por meio da causação danos seja mais vantajosa em termos econômicos do que sua prevenção. O mesmo serve para práticas não exemplares.¹⁸⁶

Os ensinamentos de Pietro Perlingieri acrescentam ao tema a ideia de que a dignidade não pode ser vista apenas de modo individualizado, mas deve ser estendida a toda coletividade humana, uma vez que a visão individualista dos direitos humanos é incompatível com o direito constitucionalizado.¹⁸⁷ Em suas palavras:

A tutela da personalidade não é orientada apenas aos direitos individuais pertencentes ao sujeito no seu precípua e exclusivo interesse, mas, sim, aos direitos individuais sociais, que têm uma forte carga de solidariedade,

¹⁸¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 283.

¹⁸² RUZYC, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira, et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 128.

¹⁸³ Ibidem, p. 134.

¹⁸⁴ Idem.

¹⁸⁵ RUZYC, Carlos Eduardo Pianovski. Op. cit., p. 145.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 150.

¹⁸⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 38.

que constitui o seu pressuposto e também o seu fundamento. Eles não devem mais ser entendidos como pertencentes ao indivíduo fora da comunidade na qual vive, mas, antes, como instrumentos para construir uma comunidade, que se torna, assim, o meio para a sua realização.¹⁸⁸

Segundo esta ótica, as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil são também passíveis de serem utilizadas em casos de violação da dignidade em uma vertente coletiva.

A doutrina de Junqueira de Azevedo enriquece o debate quando dispõe sobre a necessidade de se prevenir não só ataques graves à dignidade humana, mas também de reprimir comportamentos não exemplares que possuem uma vertente social.¹⁸⁹

Nesta toada, os *punitive damages* em muito se assemelham ao dano social. Isto porque, ambos possuem uma matriz de punição e prevenção, da mesma forma que não se prestam a punir e prevenir qualquer tipo de dano, mas apenas aqueles com ofensas graves à dignidade humana, em sua vertente individual ou coletiva, ou que necessitam serem combatidos em razão de sua repetitividade e potencial danoso.

O grande problema que circunda a questão das indenizações com caráter punitivo e preventivo é o enriquecimento da vítima gerado por elas. Isto porque, nessas situações, fica claro que a vítima irá receber um valor acima do necessário para compensação do dano que lhe foi causado, justamente como forma de punir aquele que o causou. Logicamente, então, ela será enriquecida pela indenização.¹⁹⁰

Percebe-se um receio geral dos juristas brasileiros em relação ao enriquecimento da vítima que recebe essa espécie de indenização. Isto porque, além da tradição jurídica brasileira em afirmar essa premissa, o Código Civil brasileiro veda o enriquecimento sem causa em seu artigo 884.¹⁹¹

No entanto, esta preocupação mostra-se infundada, uma vez que o enriquecimento da vítima nesses casos não é injustificado. Além de ser

¹⁸⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 38.

¹⁸⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O código civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 375.

¹⁹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 33.

¹⁹¹ **Código Civil:**

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

consequência lógica da punição do ofensor, que, este sim, enriqueceu ilicitamente com a prática danosa, ainda tem o objetivo de impedir que outras pessoas sofram com o mesmo tipo de dano, e que o ofensor continue enriquecendo ilicitamente com a sua prática.

Fazendo analogia com a máxima do Direito de que é vedado ao indivíduo se voltar contra um fato praticado por ele próprio (*venire contra factum proprium*), é incongruente acusar a vítima de enriquecimento sem causa, e, por outro lado, fazer vista grossa ao enriquecimento ilícito do ofensor, por meio de condenações ínfimas, que não tem o condão de desestimular a prática de danos futuros.

Esta é outra diferença percebida em relação aos danos punitivos no sistema *Common Law* e *Civil Law*, uma vez que nos países adeptos do primeiro sistema jurídico, não se percebe nenhuma preocupação com o enriquecimento da vítima.¹⁹² Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes:

Nos Estados Unidos, de onde os chamados danos punitivos foram importados, não há qualquer preocupação com o enriquecimento da vítima, o qual, antes, é pressuposto. Isto ocorre porque lá se tem o dano punitivo como justificado para que cumpra alguns objetivos de pacificação social, próprios da cultura daquela sociedade. Ele serve para: i) punir o ofensor por ser mau comportamento, ii) evitar possíveis atos de vingança por parte da vítima; iii) desestimular, preventivamente, o ofensor e a coletividade de comportamentos socialmente danosos, quando o risco de ser obrigado a compensar o dano não constituir remédio persuasivo suficiente; iv) remunerar a vítima por seu empenho na afirmação do próprio direito, através do qual se consegue um reforço geral da ordem jurídica.¹⁹³

A partir deste ponto de vista, é possível concluir que o enriquecimento supostamente indevido da vítima em tais casos, na realidade, mostra-se totalmente condizente com a tendência do direito civil constitucionalizado de sobrepor os interesses coletivos frente aos individuais. Isto porque, com o suposto enriquecimento do indivíduo que efetivamente sofreu um dano, busca-se frear o locupletamento ilícito do agente ofensor, além de impedir que outras pessoas sejam vitimizadas em razão da mesma conduta danosa.

Em que pese as diversas críticas que a inserção da função punitiva na responsabilidade civil possam gerar, a realidade tem impingido a necessidade da utilização da responsabilidade civil não só a partir de suas funções clássicas de

¹⁹² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 33.

¹⁹³ Idem.

reparação e compensação, mas também com um caráter sancionatório e dissuasório, principalmente em âmbitos de grande alcance social, como, por exemplo, em casos que envolvam o meio-ambiente ou as relações de consumo.¹⁹⁴

A simples reparação do injusto através da compensação pecuniária tem se mostrado insuficiente para inibir a ocorrência de práticas futuras- já que se resume em ressarcir exatamente o montante perdido, e não insere nenhum acréscimo pecuniário a título de desestímulo. A ocorrência repetitiva de danos em âmbitos de grande alcance social merece ser combatida uma vez que possui um elemento danoso a mais: não atinge apenas um indivíduo, mas parcela significativa da sociedade, ainda que em diferentes níveis.

5.4 Critérios para indenização do dano social

Embora Junqueira de Azevedo não tenha discriminado critérios específicos de condenação do dano social, uma vez que as especificidades de cada caso concreto devem ser levadas em conta quando da fixação do *quantum* indenizatório¹⁹⁵, é possível reunir alguns critérios essenciais à sua condenação por meio de uma combinação entre: a) cláusulas gerais de responsabilidade civil do ordenamento jurídico brasileiro; b) critérios para condenação dos danos morais; e, c) critérios utilizados pelo direito comparado em casos de *punitive damages*, que se assemelham ao dano social quanto às suas funções.

Afirma Maria Celina Bodin de Moraes, ao se referir aos danos extrapatrimoniais, que deixar a fixação do *quantum* indenizatório a critério do julgador de cada caso, ainda é a melhor solução, uma vez que este, próximo aos fatos, possui melhor condição para sopesar as circunstâncias do caso, bem como tem a possibilidade de utilizar a equidade em busca da uma solução mais justa e equilibrada.¹⁹⁶

No entanto, a demonstração de algumas diretrizes básicas para aplicação do dano social se faz necessária na busca de uniformidade jurisprudencial sobre o

¹⁹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 16.

¹⁹⁵ RUZYC, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira, et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 147.

¹⁹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 270.

tema, uma vez que a tendência da aplicação do direito com uma base precipuamente principiológica tende a criar decisões com alto grau de subjetividade do julgador do caso concreto, que fica mais apto a insculpir seus valores pessoais em suas decisões, de modo a gerar insegurança jurídica.¹⁹⁷

Para tanto, é preciso ter em mente que o dano social pode possuir tanto uma vertente subjetiva, quanto uma vertente objetiva, e os critérios utilizados em ambas as situações não serão iguais, já que tais categorias de responsabilidade possuem características diferentes.

O dano social em sua vertente punitiva, assim como os *punitive damages*, enseja, principalmente, a comprovação do elemento subjetivo do autor (dolo ou culpa grave)¹⁹⁸ para que sua condenação seja justa, eficiente, e não acabe por transpor os limites razoáveis da punição.¹⁹⁹

Já em sua vertente dissuasória, normalmente objetiva, bastam a comprovação do dano e do nexo causal para que surja o dever de indenizar. A verificação da excepcionalidade do dano e do caráter social por ele adquirido é comumente feita a partir da observância da reiteração das condutas que lhe ensejaram, bem como pela displicência na reparação dos ilícitos. Nos danos consumeristas de vertente objetiva, tomando como exemplo aqueles gerados por empresa de telefonia, isso fica muito claro quando do cometimento do mesmo dano contra milhares de clientes (repetição massiva do dano), e pelo atendimento falho e desidioso que é prestado pelos *call centers* da empresa (displicência na reparação do ilícito).

Isto provado, há possibilidade de reunir alguns critérios essenciais à sua condenação, por meio de uma combinação entre as cláusulas gerais de responsabilidade civil do ordenamento jurídico brasileiro, os critérios utilizados para condenação dos danos morais, bem como aqueles utilizados pelo direito comparado em casos de *punitive damages*.

¹⁹⁷ VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. A análise consequencialista no processo de tomada de decisões judiciais a partir da obra de Ricardo L. Lorenzetti. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.) **Diálogos sobre direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 134.

¹⁹⁸ A comprovação destes elementos pode ser feita por meio da observância de fatos objetivos que envolvem o caso concreto, uma vez que é impossível ao operador do direito ou a qualquer outro indivíduo penetrar no subconsciente do agressor para verificar qual era sua real intenção no momento da prática do ato.

¹⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *punitive damages* e o direito brasileiro. **R. CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 23. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 6 d outubro de 2015.

Os principais critérios utilizados pelos países filiados ao Sistema Jurídico da *Commom Law*, quando da condenação dos *punitive damages*, são: a gravidade da conduta; a motivação do dano, se fruto de dolo ou grave culpa; a censurabilidade das vantagens auferidas pelo ofensor; a condição de vulnerabilidade ou não da vítima, a existência de ações semelhantes referentes ao mesmo ilícito.²⁰⁰ Ainda nessa ótica, deve-se levar em consideração não só a gravidade do prejuízo, o seu tempo de duração e frequência com que ocorrem, mas também o comportamento do ofensor após o cometimento do ilícito.²⁰¹

As cláusulas gerais da responsabilidade civil, por sua vez, são preceitos normativos que estabelecem padrões hermenêuticos para as demais normas de um determinado ordenamento jurídico. Pietro Perlingieri lembra que “legislar por cláusulas geris significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato.”²⁰²

No ordenamento jurídico brasileiro são exemplos delas: a boa-fé objetiva, estipulada nos artigos 113 e 422; a função social dos contratos, presente no art. 421, bem como a socialização dos riscos, extraída dos artigos 186 e 927, todos do Código Civil.

Por fim, combina-se tais critérios com aqueles utilizados para aplicação do dano moral, que segundo Maria Celina Bodin de Moraes, são, além dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade:

- i) o grau de culpa e a intensidade do dolo do ofensor (a dimensão da culpa);
- ii) a situação econômica do ofensor; iii) a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa (a amplitude do dano); iv) as condições pessoais da vítima (posição social, política, econômica); e v) a intensidade de seu sofrimento.²⁰³

²⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *punitive damages* e o direito brasileiro. **R. CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 20. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 6 d outubro de 2015.

²⁰¹ Idem.

²⁰² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27.

²⁰³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 295.

Isso mostra uma preocupação jurisprudencial em não só ressarcir a vítima, mas também em punir o ofensor, uma vez que levam em conta seu grau de culpa e visam aplicar a indenização com vistas a desestimular a prática danosa.²⁰⁴

Assim, conclui-se que, embora a condenação do dano moral e do dano social sejam abertas à motivação do juiz de acordo com as peculiaridades de caso concreto, nem por isso são livres de regulação pelas cláusulas gerais e os princípios do ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, devem obedecer também os limites explícitos ou implícitos presentes na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Nas palavras de Maria Celina:

(...) os critérios de avaliação usualmente aceitos, embora não sejam critérios legais, apresentam-se como lógicos, devendo, porém, ser sempre explicitados, de modo a fundamentar adequadamente a decisão e, assim, garantir o controle da racionalidade da sentença. Esta é a linha que separa o arbitramento da arbitrariedade.²⁰⁵

O grande desafio na condenação do dano social talvez seja a vertente social do dano, ou seja, medir a extensão das consequências danosas que determinado ilícito causa na sociedade. Esta dificuldade se dá tanto no plano material quanto no plano processual. Isto porque, embora o sistema processual, como instrumento para resolução dos conflitos materiais, tenha sido forçado a evoluir no mesmo sentido que evoluiu o direito obrigacional, segundo Teori Zavascki, tal sistema não foi criado com mecanismos aptos a solucionar conflitos coletivos ou transindividuais, ou até mesmo a aplicar outros tipos de sanção que não a reparação de danos com vistas à compensação e reparação.²⁰⁶

E, embora o processo civil tenha caminhado na direção de se tornar mais sofisticado, e não apenas vincado nas modalidades clássicas de responsabilização, atender a demandas coletivas no âmbito civil, de forma efetiva, é o novo desafio a ser vencido.²⁰⁷

²⁰⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 31.

²⁰⁵ Ibidem, p. 270.

²⁰⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 14.

²⁰⁷ Idem.

6. O DANO SOCIAL NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

A categoria de dano social será analisada em paralelo com o direito do consumidor constante nos Juizados Especiais Cíveis, uma vez que aparecem com grande frequência nas relações consumeristas massivas de pequena complexidade.

6.1 A necessidade de tutela efetiva dos direitos dos consumidores

À medida que a sociedade se expandiu de maneira brutal e as relações se tornaram massivas e amórficas, também os danos deixaram de ser em sua maioria passíveis de individualização. Raramente os produtos são produzidos para um consumidor em especial, ou os contratos são realizados com base nas necessidades de apenas um contratante. A dinamicidade das negociações e o agito tecnológico da era da internet, fizeram com que tanto a produção quanto os danos dela decorrentes atingissem cada vez mais grandes grupos de pessoas, em detrimento de sujeitos individualizados.

São frutos dessa transformação vertiginosa os contratos de adesão, os danos morais coletivos, as ações civis públicas, as ações populares e demais mecanismos materiais e processuais destinados a atender interesses que não dizem respeito a apenas uma pessoa, mas sim a um conjunto delas. Essa visão da realidade combina em muito com o direito do consumidor, que foi criado para toda espécie de consumidores.

Impelidos a consumir pela mentalidade criada pela sociedade de hiperconsumo, bem como pelas necessidades de inclusão social, os consumidores aceitam aquilo que é posto à venda sem maiores delongas, e, submetidos aos contratos de adesão²⁰⁸ - que são quase uma regra no âmbito do consumo - perdem sua sensibilidade de escolha e têm que se dobrar aos interesses do fornecedor se desejarem realmente realizar a contratação.

Os contratos de adesão não são totalmente prejudiciais, uma vez que diante da atual cultura de exaltação do consumo, e do grande volume de contratações

²⁰⁸ Os contratos de adesão foram grandemente acolhidos pelo direito do consumidor, uma vez que eles fazem todo sentido para contratações em grande escala, que ocorrem principalmente no mercado de consumo atual.

neste âmbito, a feitura de um contrato específico para cada consumidor com diferentes cláusulas e condições de contratação se mostra inviável. No entanto, o grande problema, é que com a distribuição de contratos semelhantes para milhares de consumidores, repetem-se também cláusulas abusivas, caso elas estejam presentes, o que ocasiona um dano generalizado.²⁰⁹

Esses fatores, quando combinados com os diferentes tipos de vulnerabilidade que assolam a classe consumerista, abrem espaço para abusos por parte dos fornecedores, que encontram seus clientes muitas vezes ludibriados pelo estado de excitação existente na hipermodernidade, e aproveitam esta brecha para o cometimento de fraudes que culminam em danos.

Em razão desta crescente ocorrência de danos, que tende à massividade, é que se busca encontrar novos mecanismos de proteção dos consumidores de forma mais efetiva, visando não só ressarcir os danos causados, mas também preveni-los e dissuadi-los, como forma de manter vivos os direitos fundamentais a eles garantidos tanto na Constituição Federal, como no CDC, já explanados no capítulo 3 deste trabalho.

Essa busca por uma maior efetividade na tutela dos consumidores e do aperfeiçoamento dos mecanismos processuais para tanto é bem resumida por Ada Pellegrini Grinover:

(...) não bastava reconhecer os direitos de solidariedade. Era preciso que o sistema jurídico os tutelasse adequadamente, assegurando sua efetiva fruição. Da declaração dos novos direitos era necessário passar à sua tutela efetiva, a fim de se assegurarem concretamente as novas conquistas da cidadania. E como cabe ao direito processual atuar praticamente os direitos ameaçados ou violados, a renovação fez-se sobretudo no plano do processo.²¹⁰

Cândido Dinamarco, nesse mesmo sentido, advoga que o processo civil deve ser direcionado a “(...) produzir precisamente a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida, que sejam proferidas decisões nesse sentido e não outras meramente paliativas”.²¹¹

²⁰⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Las normas fundamentales de derecho privado**. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores. [s.d.], p. 285.

²¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini APUD GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 784.

²¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 352.

No entanto, é importante frisar que, para a efetiva tutela do consumidor, não basta apenas uma atuação mais eficiente do Estado, mas também que a sociedade civil, principalmente os consumidores e fornecedores, aceitem, entendam, e realizem os objetivos estabelecidos no art. 4º do CDC. Mostra-se necessária o que Kazuo Watanabe chamou de “nova mentalidade”, pois a solução ideal para os conflitos consumeristas não é o paternalismo do Estado, mas sim a reestruturação social.²¹²

Enquanto essa mentalidade não se consolida, cabe ao Judiciário resguardar os direitos consumeristas. Nessa esteira, o dano social, quando corretamente aplicado, mostra-se como um dos mecanismos aptos a cumprir a função de realizar a justiça do caso concreto. Embora seja um conceito novo na doutrina, já aparece em grande monta na jurisprudência brasileira, porém, é comumente aplicado em desconformidade com a teoria criada por Junqueira de Azevedo. Pretende-se, deste modo, realizar uma análise jurisprudencial a respeito do tema, a fim de apontar controvérsias recorrentes, bem como desmitificar possíveis argumentos contrários à sua aplicação.

6.2 Análise jurisprudencial acerca do dano social

A análise jurisprudencial se centrou nos julgados da Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Paraná, em razão da proximidade regional, bem como por guardarem a grande maioria das causas consumeristas de pequena complexidade e repetição massiva, que são o objeto de estudo deste trabalho.

A pesquisa se deslocou também para primeiro grau de jurisdição, nos Juizados Especiais Cíveis das Comarcas do Paraná, em casos onde houve condenação do dano social com posterior reforma pelas Turmas Recursais, com o fim de contrapor os argumentos utilizados para sua aplicação nas sentenças, com aqueles alegados em suas decisões de improcedência nos acórdãos.

Por fim, foi analisada a abrangência do tema no Superior Tribunal de Justiça, com a análise de alguns acórdãos, decisões monocráticas e informativos de jurisprudência já proferidos. Isto porque, o STJ é o Tribunal responsável pela uniformização de jurisprudência de pleitos que envolvam violação de lei federal, entre as quais se encontra o Código de Defesa do Consumidor.

²¹² GRINOVER, Ada Pellegrini APUD GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 781.

Dentre todos os julgados encontrados, foram escolhidos para exposição exemplificativa aqueles que melhor explanaram as razões atinentes ao dano social. Ademais, para uma análise mais uniformizada da ocorrência de tais danos, a pesquisa se centrou em um setor do consumo onde eles aparecem com frequência: as relações de telefonia. Segundo Andressa Jarletti, neste âmbito, os danos sociais têm aparecido de forma mais gritante nos últimos anos, de modo a tornarem-se, em muitos casos, fatos notórios.²¹³

Tomou-se como exemplo desses danos telefônicos a ocorrência de cobranças de serviços não contratados, por um preço irrisório, em faturas telefônicas referentes a serviços telefônicos pós-pagos.

Da pesquisa jurisprudencial nas Turmas Recursais do Paraná realizada no *site* do Tribunal de Justiça do Estado, com a palavra-chave “dano social”, de 1116 processos que apareceram, 1089 tratavam de cobranças indevidas no âmbito da telefonia. Todos com julgamento entre março de 2015 e outubro de 2015, o que mostra, também, a atualidade do tema.

A matéria foi escolhida, portanto, em razão do grande volume de processos encontrados, bem como porque a grande maioria deles trata de questões problemáticas acerca do dano social: a vedação de sua “condenação de ofício” e a correta destinação a lhe ser dada.

Dos 1089 processos encontrados, foram escolhidos cinco julgados de relatores diferentes, que representam a maioria das decisões, e, por esta razão, foram destacados como mostra exemplificativa da ocorrência de dano social em casos de cobranças indevidas de telefonia. No que tange especificamente ao dano moral, foram selecionados dois processos de mesma relatoria, para demonstrar a confusão feita com os seus critérios de condenação. Percebeu-se que em todos os sete casos analisados foi reconhecida a ocorrência de um dano material ao consumidor, que pagou a mais do que o contratado com a empresa telefônica, por um serviço que não solicitou, não utilizou, e muitas vezes inexistente.

A controvérsia nesses casos ocorre tanto em questão ao dano social, como no tocante dos danos morais, sendo questionável sua existência. No mérito dos

²¹³ JARLETTI, Andressa. Cobrar, pode, mas devedor não pode ter direitos violados. Curitiba: 2015. **Gazeta do Povo**, Curitiba, edição eletrônica, 05 nov. 2015. Entrevista concedida a Carolina Pompeo. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/consumidor/cobrar-pode-mas-devedor-nao-pode-ter-direitos-violados-9wlxy3qqhgxxospdqhishana>> . Acesso em: 08 de novembro de 2015.

danos morais, pode ser defendida tanto a sua procedência- quando se leva em conta a quebra da confiança na relação consumerista e a causa de um transtorno ao consumidor, que tem que se desgastar para remediar o ocorrido-, ou a sua improcedência- sob o argumento de que a simples cobrança de um serviço não contratado não acarreta nenhum tipo de dor, sofrimento ou abalo à honra subjetiva do sujeito. Há julgados em ambos os sentidos, dentro de uma mesma Turma Recursal, o que aponta para a controvérsia do tema.

Em caso de improcedência do dano moral, a injustiça da decisão fica escancarada, tendo em vista que a mera indenização do dano material, que na grande maioria dos casos é ínfima, obviamente não indeniza o consumidor da forma mais eficaz e protetiva possível.

Por outro lado, ao se entender pela existência do dano moral, a condenação razoável para um caso como este- levando em conta o padrão indenizatório das Turmas Recursais do Paraná através da análise jurisprudencial dos sete acórdãos- varia entre R\$ 4.000,00 e R\$ 10.000,00, a depender das circunstâncias do caso concreto, perfazendo uma média aproximada de R\$ 8.000,00. Tais valores também não se prestam a conceder uma tutela real e efetiva aos consumidores de um modo geral, uma vez que, embora seja eficaz ao compensar e reparar do dano individual, é inócua no sentido de dissuadir o fornecedor a continuar realizando tais práticas ilícitas. Portanto, ainda que o dano moral seja acolhido, percebe-se sua insuficiência para neutralizar este tipo de dano, uma vez que eles continuam ocorrendo repetitivamente, de forma massiva.

Quando se considera que nem todos os consumidores que sofrem abusos recorrem aos órgãos de proteção ao consumidor ou ingressam em Juízo para pleitear seus direitos ²¹⁴, além de que, aqueles que ingressam, recebem indenizações em valores ínfimos, percebe-se que o enriquecimento gerado pelo serviço cobrado indevidamente a milhares de clientes é muito maior do que o preço a ser pago em indenizações, o que incentiva- ou melhor, não inibe- tais práticas.

A questão a ser demonstrada é que, ainda que seja discutível a existência ou não de dano moral nos casos analisados, a existência de um dano social é inegável

²¹⁴ JARLETTI, Andressa. Cobrar, pode, mas devedor não pode ter direitos violados. Curitiba: 2015. **Gazeta do Povo**, Curitiba, edição eletrônica, 05 nov. 2015. Entrevista concedida a Carolina Pompeo. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/consumidor/cobrar-pode-mas-devedor-nao-pode-ter-direitos-violados-9wlxy3qqhgxxospdqhishana>> . Acesso em: 08 de novembro de 2015.

em todos eles, visto que estão presentes todas as características necessárias para sua aplicação, quais sejam: um comportamento não exemplar, que causa um rebaixamento do nível de vida de parcela significativa da sociedade.

Nesses casos específicos, não há que se falar em conduta dolosa ou gravemente culposa, tendo em vista que a função do dano, não será a de punir, mas sim a de dissuadir. Viu-se no capítulo 4 que o dano social pode ser aplicado mesmo em situações que abarquem responsabilidade objetiva, o que é claramente o caso das relações de consumo, onde a objetividade da responsabilização é a regra. A categoria de dano social, portanto, se enquadra perfeitamente nessas hipóteses aparentemente sem solução.

Primeiramente, no que tange à análise específica do dano moral nas Turmas Recursais do Paraná, percebe-se uma incongruência entre os julgados analisados, que ora negam procedência aos pedidos de dano moral sob o argumento de que a conduta da ré não passa de um mero aborrecimento, como ocorre no julgamento do acórdão de nº 713-10.2015.8.16.0072²¹⁵; e ora os concedem, porém, sob a justificativa de necessidade de punição da conduta, a exemplo do acórdão de nº 8488-04.2014.8.16.0075²¹⁶, ambos de mesma relatoria, da Juíza Renata Ribeiro Bau. Respectivamente:

CÍVEL. RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RELAÇÃO DE CONSUMO. COBRANÇAS A MAIOR POR SERVIÇO NÃO SOLICITADO. CONTRATAÇÃO NÃO COMPROVADA. DEVER DE RESTITUIR O INDÉBITO EM DOBRO. MULTA COMINATÓRIA QUE ESTÁ ADEQUADA AO CASO E OS PARÂMETROS DO JUIZADO ESPECIAL. DANO MORAL NÃO DEMONSTRADO. ADEQUAÇÃO AO ENTENDIMENTO DO E. STJ. E TJ/PR. VALOR DAS ASTREINTES MANTIDO. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. RECURSO DA RÉ CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DO AUTOR PREJUDICADO. 1. Colhe-se dos autos que a parte autora restou cobrada por serviço não solicitado, posto que, nos termos do artigo 333, II, CPC e diante da inversão o ônus da prova conferida pela relação consumerista, a empresa ré não se desincumbiu de demonstrar a correspondente contratação. 2. Destarte, configurada está a cobrança indevida. 3. Observado isto, é devida a restituição em dobro dos valores pagos, nos termos do art. 42 CDC, porquanto a , decidem as Juízas Integrantes da 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Estado do Paraná, por unanimidade, conhecer dos recursos e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso da reclamada, ficando prejudicado o recurso da autora, nos exatos

²¹⁵ PARANÁ. Tribunal de Justiça. 3ª Turma Recursal em Regime de Exceção. **Acórdão n. 713-10.2015.8.16.0072**. Relator: Juíza Renata Ribeiro Bau. Curitiba, 7 out. 2015. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>> . Acesso em: 21 de outubro de 2015.

²¹⁶ PARANÁ. Tribunal de Justiça. 1ª Turma Recursal. **Acórdão n. 8488-04.2014.8.16.0075**. Relator: Juíza Renata Ribeiro Bau. Curitiba, 9 mar. 2015. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>> . Acesso em: 23 de outubro de 2015.

termos do voto.

(TJPR - 3ª Turma Recursal em Regime de Exceção - 0000713-10.2015.8.16.0072/0 - Colorado - Rel.: Renata Ribeiro Bau - - J. 07.10.2015)

CÍVEL. RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA AFASTADA. RELAÇÃO DE CONSUMO. COBRANÇAS POR SERVIÇOS NÃO SOLICITADOS. CONTRATAÇÕES NÃO COMPROVADAS. ÔNUS DA OPERADORA DE TELEFONIA. DEVER DE INDENIZAR. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO 1.8 DA TRU/PR. DANO MATERIAL CABÍVEL. QUANTUM INDENIZATÓRIO QUE SE ADEQUA ÀS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Decidem os Juízes Integrantes da 1ª Turma Recursal Juizados Especiais do Estado do Paraná, conhecer do recurso, e no mérito, negar-lhe provimento, nos exatos termos do voto.

(TJPR - 1ª Turma Recursal - 0008488-04.2014.8.16.0075/0 - Cornélio Procópio - Rel.: Renata Ribeiro Bau - - J. 09.03.2015)

Os danos morais, embora tenham sido exaustivamente objeto de estudos doutrinários, ainda apresentam problemas quanto à sua conceituação, e consequentemente quanto à sua aplicação. Neste sentido, versa Maria Celina Bodin de Moraes:

Ao adotar-se a posição de que o dano moral é o “sentimento de dor, vexame e humilhação (causado injustamente a alguém)”, como hoje é sustentado nos tribunais do País, a jurisprudência tem se mostrado vacilante e confusa, seja no que toca à identificação do dano, seja, em consequência, no que se refere à sua avaliação.²¹⁷

Destacar a confusão gerada pelo dano moral é pertinente ao se realizar uma pesquisa jurisprudencial a respeito do dano social para mostrar que, em casos onde não se reconhece o dano moral, a violação dos direitos do consumidor é ainda mais gritante. Pois, embora seja aceitável o entendimento de que a uma cobrança indevida não é capaz de gerar o sofrimento atinente aos danos morais, não é aceitável que o dano gerado ao consumidor permaneça sem a devida indenização.

Ademais, a confusão jurisprudencial não se resume apenas ao âmbito do dano moral, se estende também ao dano social.

Em julgamento de Recursos Inominados referentes a processos com condenação do dano social em primeiro grau de jurisdição, decidiu a Juíza Relatora Letícia Guimarães pela reforma das decisões, a exemplo do que relatou no acórdão

²¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 45.

de nº 0006203-66.2013.8.16.0174²¹⁸:

CÍVEL. RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TELEFONIA. COBRANÇAS A MAIOR QUE O CONTRATADO INJUSTIFICADAS. OI FIXO, OI VELOX E OI TV. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. OBRIGAÇÃO DA PRESTADORA DE SERVIÇOS EM COBRAR O PLANO CONFORME O CONTRATADO. DANO MORAL CONFIGURADO. PRETENSÃO À REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO NÃO ACOLHIDA. VALOR FIXADO (R\$ 4.000,00 QUATRO MIL REAIS) ATENDE ÀS FINALIDADES PUNITIVA, COMPENSATÓRIA E PEDAGÓGICA DO INSTITUTO. OCORRÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. DANO SOCIAL NÃO PLEITEADO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. No caso em apreço restou demonstrado que a ré efetuou a cobrança reiterada de valores em desconformidade com o contratado. Diante do exposto, resolve esta Turma Recursal, por maioria de votos, conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe parcial provimento, nos exatos termos do voto.

(TJPR - 1ª Turma Recursal - 0006203-66.2013.8.16.0174/0 - União da Vitória - Rel.: Fernando Swain Ganem - Rel.Desig. p/ o Acórdão: Letícia Guimarães - - J. 12.08.2015)

A referida magistrada, neste caso, opta pelo entendimento exposto por outra juíza da mesma Turma, Renata Ribeiro Bau, segundo o qual entende pela improcedência do dano social, sob os seguintes argumentos: em casos onde houve “condenação de ofício”, alega-se a violação ao art. 128 do CPC, e em casos onde houve pedido expresso do dano social, atenta-se para a ilegalidade do pedido, uma vez que estaria violando o art. 6º do CPC que dispõe sobre a impossibilidade do pleito de direito alheio em nome próprio. Faz isso, por exemplo, na relatoria do acórdão de nº 6503-28.2013.8.16.0174²¹⁹:

CÍVEL. RECURSO INOMINADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. TELEFONIA. SERVIÇO CONTRATADO, PORÉM COBRADO A MAIOR. COBRANÇA INDEVIDA. RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO A MAIOR, EM DOBRO, CABÍVEL. DANO MORAL CONFIGURADO. INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 1.8 DESTA TURMA RECURSAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO DE ACORDO COM AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. MANUTENÇÃO. RECONHECIMENTO DE DANO SOCIAL COM CONDENAÇÃO A PAGAMENTO DE VALORES A TERCEIROS. CONDENAÇÃO EXTRA PETITA. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO EX OFFICIO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO DO AUTOR CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO DO RÉU CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. , decidem os Juízes Integrantes da 1ª Turma Recursal Juizados Especiais do Estado do Paraná, conhecer dos recursos, e no

²¹⁸ PARANÁ. Tribunal de Justiça. 1º Turma Recursal. **Acórdão n. 0006203-66.2013.8.16.0174**. Relator: Letícia Guimarães. Curitiba, 12 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>> . Acesso em: 21 de outubro de 2015.

²¹⁹ PARANÁ. Tribunal de Justiça. 1º Turma Recursal. **Acórdão n. 6503-28.2013.8.16.0174**. Relator: Juíza Renata Ribeiro Bau. Curitiba, 9 mar. 2015. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>> . Acesso em: 21 de outubro de 2015.

mérito, negar provimento ao recurso do autor e dar parcial provimento ao recurso do réu, nos exatos termos do voto.
(TJPR - 1ª Turma Recursal - 0006503-28.2013.8.16.0174/0 - União da Vitória - Rel.: Renata Ribeiro Bau - J. 10.03.2015)

No mesmo sentido, entendem outros juízes da 1ª Turma Recursal do Paraná: Fernanda de Quadros Jorgensen Geronasso, nos autos de nº 0004132-91.2013.8.16.0174²²⁰, Amanda Vaz Cortesi, nos autos de nº 0004608-32.2013.8.16.0174²²¹ e Leo Henrique Furtado Araújo, nos autos de nº 0000532-28.2014.8.16.0174²²².

Percebe-se que os cinco processos escolhidos à título exemplificativo reformaram a sentença de primeiro grau que condenou a empresa telefônica ao pagamento de dano social.

Ato contínuo, buscou-se a sentença proferida em cada um deles, em primeiro grau de jurisdição, a fim de verificar os argumentos utilizados pelos magistrados para condenar o dano social. Todas as demais sentenças referentes aos recursos inominados analisados, coincidentemente, são da mesma Comarca Paranaense de União da Vitória, e, portanto, apresentaram os mesmos argumentos, os quais serão resumidos com observações feitas à sentença do processo de nº 6503-28.2013.8.16.0174²²³.

No julgado, a Juíza de 1º grau, Jeane Carla Furlan, reconhece a ilicitude das cobranças a maior, em razão da inexistência de prova da contratação dos serviços cobrados, bem como aplica o dano social, em razão da abusividade e frequência reiterada da conduta da ré – a qual foi comprovada por meio de estatísticas retiradas de notícias, *ranking* de reclamações na internet, de dados do Procon, e do grande número de processos semelhantes em sua Comarca. A condenação é feita “de ofício”, sob o argumento de que o Código de Defesa do Consumidor é uma norma de ordem pública, e, portanto, pode ser assim aplicada.

²²⁰ PARANÁ. Tribunal de Justiça. 1º Turma Recursal. **Acórdão n. 0004132-91.2013.8.16.0174**. Relator: Juíza Fernanda de Quadros Jorgensen Geronasso. 03 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 08 de novembro de 2015.

²²¹ PARANÁ. Tribunal de Justiça. 1º Turma Recursal. **Acórdão n. 0004608-32.2013.8.16.0174**. Relator: Juíza Amanda Vaz Cortesi. 24 abr. 2015. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

²²² PARANÁ. Tribunal de Justiça. 1ª Turma Recursal. **Acórdão n. 0000532-28.2014.8.16.0174**. Relator: Juiz Leo Henrique Furtado Araújo. 19 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 08 de novembro de 2015.

²²³ PARANÁ. Comarca de União da Vitória. Juizado Especial Cível de União da Vitória. **Processo n. 6503-28.2013.8.16.0174**. Juíza Jeane Carla Furlan. União da Vitória, 11 ago. 2014. Disponível em: <<https://projudi.tjpr.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 24 de outubro de 2015.

A magistrada cita Antonio Junqueira de Azevedo ao fundamentar sua decisão²²⁴, e conclui que o caráter social do dano encontra-se presente, uma vez que:

Os atos abusivos da empresa de telefonia, repetidos em inúmeras ações, geram a baixa da qualidade de vida, uma vez que, desencadeiam o estresse, a perda do tempo útil, a perda da paciência, o pagamento de valores indevidos, quando o valor deveria ser investido pelo consumidor em aquisições mais interessantes, do que, ao enriquecimento ilícito da ré, à custa do consumidor de boa fé. A conduta da ré atinge indevidamente todos os consumidores, especialmente quando a “Oi está presente em todo o território nacional.”²²⁵

Situações envolvendo dano social já foram analisadas também pelo Superior Tribunal de Justiça. É o que se observa a partir da pesquisa jurisprudencial no *site* do referido Tribunal, com a utilização da palavra-chave “dano social”, em referência da qual constaram 29 acórdãos, 531 decisões monocráticas e 2 informativos de jurisprudência, referentes a julgamentos realizados entre 25 de agosto de 1999 e 06 de novembro de 2015, o que perfaz o período de 16 anos. Além de frisar a atualidade do tema, isto mostra que, embora sejam frequentes demandas em primeiro e segundo grau de Jurisdição envolvendo o dano social nas relações consumeristas, elas aparecem poucas vezes em terceiro grau, qual seja, no STJ.

Dos 29 acórdãos prolatados, nenhum trata do dano social em seu aspecto consumerista; e, das 531 decisões monocráticas, apenas 155 versavam sobre o dano social nas relações de consumo, em demandas provenientes de Juizados Especiais Cíveis (objeto de estudo do presente trabalho). Ainda, entre os dois informativos jurisprudenciais, apenas um retratava o dano social nas relações consumeristas, no qual constava a seguinte redação:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO, EX OFFICIO, DE INDENIZAÇÃO POR DANOS SOCIAIS EM AÇÃO INDIVIDUAL. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008 DO STJ).

É nula, por configurar julgamento extra petita, a decisão que condena a parte ré, de ofício, em ação individual, ao pagamento de indenização a título de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide. Inicialmente, cumpre registrar que o dano social vem sendo reconhecido pela doutrina como uma nova espécie de dano reparável, decorrente de comportamentos

²²⁴ No entanto, embora se baseie nos ensinamentos do citado jurista, entende pela destinação do *quantum* indenizatório para uma instituição de caridade, e não à própria vítima do ilícito, conforme ele propugna.

²²⁵ PARANÁ. Comarca de União da Vitória. Juizado Especial Cível de União da Vitória. **Processo n. 6503-28.2013.8.16.0174**. Juíza Jeane Carla Furlan. União da Vitória, 11 ago. 2014. Disponível em: <<https://projudi.tjpr.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 24 de outubro de 2015.

socialmente reprováveis, pois diminuem o nível social de tranquilidade, tendo como fundamento legal o art. 944 do CC. Desse modo, diante da ocorrência de ato ilícito, a doutrina moderna tem admitido a possibilidade de condenação ao pagamento de indenização por dano social, como categoria inerente ao instituto da responsabilidade civil, além dos danos materiais, morais e estéticos. Registre-se, ainda, que na V Jornada de Direito Civil do CJF foi aprovado o Enunciado 455, reconhecendo a existência do denominado dano social: "A expressão *dano* no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas". A par disso, importa esclarecer que a condenação à indenização por dano social reclama interpretação envolvendo os princípios da demanda, da inércia e, fundamentalmente, da adstrição/congruência, o qual exige a correlação entre o pedido e o provimento judicial a ser exarado pelo Poder Judiciário, sob pena da ocorrência de julgamento *extra petita*. Na hipótese em foco, em sede de ação individual, houve condenação da parte ré ao pagamento de indenização por danos sociais em favor de terceiro estranho à lide, sem que houvesse pedido nesse sentido ou sem que essa questão fosse levada a juízo por qualquer das partes. Nessa medida, a decisão condenatória extrapolou os limites objetivos e subjetivos da demanda, uma vez que conferiu provimento jurisdicional diverso daquele delineado na petição inicial, beneficiando terceiro alheio à relação jurídica processual posta em juízo. Impende ressaltar que, mesmo que houvesse pedido de condenação em danos sociais na demanda em exame, o pleito não poderia ter sido julgado procedente, pois esbarraria na ausência de legitimidade para postulá-lo. Isso porque, os danos sociais são admitidos somente em demandas coletivas e, portanto, somente os legitimados para propositura de ações coletivas têm legitimidade para reclamar acerca de supostos danos sociais decorrentes de ato ilícito, motivo por que não poderiam ser objeto de ação individual. Rcl 12.062-GO, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 12/11/2014.²²⁶

Em semelhança às Turmas Recursais do Paraná, o STJ apresentou tendência em negar a condenação do dano, sob os mesmos fundamentos de inércia da Jurisdição e força do princípio dispositivo.

A partir da pesquisa realizada, conclui-se que a jurisprudência a respeito do dano social ainda é muito recente, bem como temerária ao aplicá-lo conforme a conceituação dada por Junqueira de Azevedo. Os magistrados, nos casos em análise, ainda se mostram muito apegados à dogmática clássica do direito civil e do processo civil, e fechados para a postura solidarista e protetiva adotada pelo CDC, voltada para o processo civil instrumentalizado, que busca realizar a justiça social no caso concreto. O que é de se entender, tendo em vista que a doutrina sobre o tema ainda é parca, assim como o aparato legislativo, os quais necessitam ser melhor desenvolvidos para proporcionar decisões seguras sobre o tema.

²²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. **Informativo de Jurisprudência nº 0552**. 17 dez. 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22dano+social%22&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 08 de novembro de 2015.

Não obstante, resta clara a insuficiência, ou, por vezes, a incongruência da condenação do dano moral em determinados casos, já que os danos, principalmente os repetitivos, continuam a se multiplicar, e a rebaixar o nível de vida da população, o que causa uma sensação de insegurança geral, que não condiz com o Estado Democrático de Direito pretendido pela Constituição Federal.

Ainda que inexista disposição legislativa específica sobre o tema, é possível defender a aplicação do dano social imediatamente, com as ferramentas processuais e doutrinárias existentes hoje, ainda que estas não signifiquem a melhor solução para o problema, mas apenas uma opção mais efetiva para ser aplicada durante o período em que se aguarda a evolução doutrinária e legislativa sobre a matéria.

6.3 Questões problemáticas atinentes ao dano social

A partir da análise jurisprudencial acerca da condenação do dano social, e da revisão de bibliografia sobre o tema, percebeu-se algumas questões problemáticas que precisam ser esclarecidas: há respaldo jurídico para condenação do dano social ainda que inexista pedido expresso da parte postulante? Se ele tem uma vertente social e a vítima é a sociedade como ente difuso, qual a legitimidade do autor da ação para pleiteá-lo e recebê-lo em seu nome?

Vê-se que o principal argumento fundante dos julgados onde houve condenação do dano social, é a condição de norma de ordem pública do Código de Defesa do Consumidor. No entanto, basear a condenação do dano social nesta premissa é problemático por duas razões: a) a ordem pública do CDC é de ordem material, e não processual, de modo que não permite, por si só, a condenação de ofício de indenizações na seara consumerista; e, b) não há que se invocar a matéria de ordem pública do CDC para fundamentar a suposta condenação de ofício do dano, uma vez que se trata de mera adequação da qualificação jurídica do pedido, e não de ato *ex officio* do juiz.

A melhor doutrina neste aspecto é de Ricardo Aprigliano. Explica o autor que, em razão da existência de poucos estudos específicos sobre o tema, predomina uma noção distorcida, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sobre os institutos dotados de ordem pública, que comumente são tratados como de uma só

espécie²²⁷, sendo que, na realidade, eles se dividem basicamente em duas: ordem pública material e ordem pública processual.

A publicidade material pode dizer respeito a artigos de lei, e também a diplomas legislativos inteiros, como é o caso do CDC, que já no seu art. 1º²²⁸ enuncia seu caráter público. Isto quer dizer que este Código encontra-se dentro do caráter mais amplo de interesse público, e que todas suas normas regulam relações que transcendem o interesse privado. Ainda que a ordem pública material diga muito sobre a imperatividade da norma e a restrição da autonomia da vontade²²⁹, não condiz com as características atribuídas às normas de ordem pública processual, quais sejam: “possibilidade de exame de ofício, ausência de preclusão da matéria e possibilidade de seu exame em qualquer tempo ou grau de jurisdição”.²³⁰

A publicidade processual, por sua vez, diz respeito à importância que o exame de determinadas matérias, em detrimento de outras, apresenta para o interesse público, e é justamente essa característica que permite que sejam reconhecidas de ofício pelo magistrado, ou examinadas a qualquer tempo processual.²³¹ Exemplo disso, são os artigos dispostos no art. 267, § 3º do CPC²³².

Não é em razão de seu caráter de ordem pública, portanto, que o dano social pode ser aplicado nos casos em que ele não tenha sido expressamente pleiteado pela parte requerente, uma vez que a publicidade referente a esta lei é apenas de ordem material (o que diz respeito apenas à imperatividade e imediatidade da lei, e não com a condenação *ex officio*), mas sim, por conta da não vinculação do juiz à qualificação jurídica do pedido feito pela parte requerente ao ingressar em Juízo.

Em outras palavras, estando clara a ocorrência de dano social a partir da narrativa fática do caso concreto, bem como tendo o juiz atentado para o alcance

²²⁷ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). **Coleção Atlas de Processo Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 2.

²²⁸ **Código de Defesa do Consumidor:**

Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

²²⁹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Op. cit., p. 8.

²³⁰ Ibidem, p. 7.

²³¹ Ibidem, p. 9.

²³² **Código de Processo Civil:**

Art. 267, § 3º : O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

social da conduta ilícita narrada ²³³, estão presentes as condições para condenação. Se esta não for expressamente pleiteada pelo autor da demanda, mas se encontrar claramente representada na narrativa dos fatos, bem como inserida no pedido de reparação, ainda que sob qualificação jurídica diversa- como dano moral, por exemplo-, não há impedimento jurídico para que ela ocorra. Não há que se falar, portanto, em condenação *ex officio* do dano social, mas sim em adequação jurídica do pedido indenizatório feito pela parte requerente.

Explica José Cretella Neto, que, em caso de direito que não for invocado pelas partes no pedido da demanda, “terá o juiz o dever de manifestar-se sobre as normas jurídicas aplicáveis ao caso em exame, já que deve conhecer a ordem jurídica vigente (*iura novit cúria*), prescindindo da expressa menção das partes a respeito.”²³⁴

É comum no âmbito consumerista, principalmente no âmbito dos Juizados Especiais, que as partes, sem recursos para contratar um advogado, ingressem na Justiça sem o devido conhecimento jurídico para qualificar juridicamente o pedido em consonância com os fatos narrados. A análise jurisprudencial mostrou que na grande maioria dos processos que envolveram uma situação de dano social, a demanda foi proposta com o pedido indenizatório de danos materiais ou morais puramente ditos.

No entanto, caso inexista flagrante situação vexatória, de dor ou sofrimento, causadora de dano moral, a tendência jurisprudencial é negar procedência ao pedido, de modo a gerar impunidade no que tange ao dano causado. Além disso, em casos onde se entende pela inexistência dos danos morais puramente ditos, é comum a condenação do fornecedor ao pagamento dos danos morais sob o aviso de que este terá apenas função punitiva no caso, uma vez que inexistem os elementos necessários para que se cumpra a compensação. Isto causa o que Junqueira de Azevedo chama de “mau direito.”²³⁵

Ora, se possuímos um dano específico que cumpre essa função punitiva,

²³³ A verificação do alcance social da conduta pode ser feita, por exemplo, por meio de notícias, artigos, ou até mesmo por meio da repetição de processos com narrativa fática e causa de pedir semelhantes sob sua competência.

²³⁴ CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 167.

²³⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O código civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 371.

ainda que novo e de construção apenas doutrinária, não há que se continuar aplicando discricionariamente o dano moral para sanar situações que flagrantemente perpassam a esfera subjetiva do sujeito envolvido, causando um dano de impacto social.

Ao se adotar os ensinamentos de Junqueira de Azevedo, diante de uma situação onde inexistia dano moral puramente dito, mas seja clara a ocorrência do dano social e tendo a parte feito o pedido indenizatório, ainda que sob qualificação jurídica diversa, há que se reconhecer a existência de dano social, e condenar o réu ao pagamento da quantia devida, conforme os critérios explanados no subcapítulo 5.4 deste trabalho. Ainda, caso tanto dano moral quanto dano social estejam presentes, cabe a condenação de ambos, observadas e obedecidas suas finalidades precípuas, quais sejam, do primeiro, a reparação e compensação, e do segundo, a punição e a prevenção, ambas traduzidas em um montante pecuniário destinado à vítima individual do dano.

Ainda sobre o tema, é possível questionar se a não vinculação do juiz à qualificação jurídica do pedido acarreta violação ao princípio da congruência existente no processo civil, segundo o qual “o juiz deve pronunciar-se sobre todos os fatos alegados ou afirmados na inicial, e somente estes”.²³⁶

Para tal análise, precisa-se ter em mente que o conceito de pedido engloba tanto a causa de pedir, como o pedido propriamente dito. Nas palavras de Barbosa Moreira, “todo pedido tem uma causa. Identificar a causa petendi é responder a perguntas: por que o autor pede tal providência?”²³⁷. A causa de pedir, é, portanto, o conjunto de fatos aos quais o autor da demanda “atribui a produção do efeito jurídico por ele visado”.²³⁸

Explica Barbosa Moreira, que nem a qualificação jurídica dada pelo autor aos fatos, nem a norma jurídica atribuída a ele integram a causa de pedir. Disto se extrai, conseqüentemente, que a qualificação jurídica não vincula o juiz, uma vez que não integra o conceito *strictu sensu* de pedido.²³⁹

José Cretella Neto dá um exemplo sobre a possibilidade de não adstrição do juiz à qualificação jurídica do pedido:

²³⁶ CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 160.

²³⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 17.

²³⁸ Idem.

²³⁹ Idem.

Imagine-se um litígio versando sobre locação, pedindo o locador, autor da ação, o cumprimento de determinada cláusula avençada no contrato, com base em artigo da lei de locação em vigor; examinando os fatos, conclui o juiz, no entanto, que a relação jurídica material entre as partes não é de locação, e sim, de comodato. Oferecidas as provas, e com fundamento nas normas que regulam o comodato- e não a locação- irá o juiz sentenciar, acolhendo ou repelindo o pedido do autor.²⁴⁰

Outro exemplo disto, se dá em um caso de pedido de anulação de contrato em virtude de erro, mas que contém uma narrativa fática que aponta para a ocorrência de coação. Nesta hipótese, o juiz, ao julgar, pode dizer que houve coação, e não erro, e, fazendo isso, não foge da causa de pedir, e continua fiel aos fatos narrados.

Portanto, não há que se falar em alteração da causa de pedir ou do pedido propriamente dito quando o autor apenas se limita a atribuir outra qualificação jurídica aos fatos narrados anteriormente, o que é lícito e esperado que seja feito pelo juiz em razão de função magistral de dizer o direito.²⁴¹ Tal afirmação encontra respaldo normativo no art. 322, § 2º, novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor em 2016.²⁴²

Assim, embora se reconheça que o princípio da congruência restrinja o juiz a reconhecer apenas os fatos alegados na inicial, tem-se que ele não impede o juiz de aplicar aos fatos as normas jurídicas que reputar mais adequadas, sejam elas referidas ou não pelo autor da demanda.²⁴³ O que é defeso ao julgador é tão somente concluir em dissonância ao raciocínio lógico-jurídico do caso, por meio da distorção dos limites estabelecidos pela narrativa fática da lide, de modo a acrescentar fatos que não foram explicitados pelo autor, ou alterar sua pretensão.²⁴⁴

Portanto, ainda que o autor não faça pedido expresso do dano social, ou o confunda com outra categoria de dano quando do pedido, mas narre uma situação em que ele se mostre presente, o juiz encontra-se apto a aplicar o dano, pois é certo que a qualificação jurídica do pedido não vincula o juiz. Deste modo, conclui-se que

²⁴⁰ CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 160.

²⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 18.

²⁴² Código de Processo Civil de 2015:

Art. 322. O pedido deve ser certo.

§ 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.

²⁴³ CRETELLA NETO, José. Op. cit., p. 160.

²⁴⁴ Ibidem, p. 161.

não há que se falar em condenação de ofício deste tipo de dano, mas apenas em adequação jurídica do pedido.

Neste passo, o processo civil não deve fugir da instrumentalidade para o qual foi concebido, mas sim servir como mecanismo de realização da justiça no caso concreto, em prevalência ao absolutismo das formas. Nas palavras de Eduardo Cambri, “a dogmática processual, se não quiser converter-se em abstração vazia, deve servir de método para que o direito se concretize na justiça.”²⁴⁵

Ato contínuo, no que tange à outra controvérsia a respeito do dano social, sobre a legitimidade da vítima individualizada para pleiteá-lo e recebê-lo em seu nome, esta foi exaustivamente explanada no subcapítulo 4.4 do presente trabalho, razão pela qual não será aqui repetida.

6.4 Função social da jurisdição e a instrumentalidade do processo

Para Carnelutti, a finalidade das normas jurídicas- tanto materiais quanto processuais- e também do processo é a composição dos interesses em conflito.²⁴⁶ A partir disso, afirma que a jurisdição nada mais é que a atividade do juiz de dizer o direito, por meio de uma sentença declarativa, com vistas à justa composição da lide.²⁴⁷

Ovídio Baptista e Fábio Luiz Gomes lembram o renomado processualista italiano quando conceituam a jurisdição como sendo: “(...) criada e organizada pelo Estado precisamente com a finalidade de pacificar, segundo a lei, os conflitos de natureza privada, mas igualmente as relações conflituosas do direito público”.²⁴⁸

Já Candido Dinamarco, sobre a função da jurisdição, afirma que: “(...) o escopo de pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade.”²⁴⁹

²⁴⁵ CAMBRI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil**: compreensão crítica. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 119.

²⁴⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**: introdução e função do processo civil. Vol. I. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 1 ed. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 144.

²⁴⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 67.

²⁴⁸ Idem.

²⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 132.

Portanto, além da função pacificadora de interesses conflitantes, vê-se que o processo e a jurisdição são também imbuídos do objetivo social de alcançar uma solução justa para o caso, o que já encontra respaldo normativo no art. 8º do novo Código de Processo Civil.²⁵⁰

Para que isto ocorra, os mecanismos processuais não podem ser aplicados de modo alheio à realidade social na qual se encontram, isto porque as questões sociais não dizem respeito apenas aos sociólogos ou ao poder Legislativo e Executivo, mas também tocam diretamente o Judiciário.²⁵¹

Deve-se ter em mente que o juiz é tão representante do povo quanto um político. E, embora não seja prioridade do poder Judiciário transformar a sociedade por meio de suas decisões, mas sim, de imediato, solucionar um caso concreto, não quer dizer que não tenha nenhum compromisso com a sua construção. Ainda que seja um dever colateral do Poder Judiciário, ele também integra sua função prioritária de fazer Justiça.

A aplicação do direito sob influência de uma preocupação social não implica em estremecimento do princípio da imparcialidade do juiz, pois não significa dizer que para cumprir com a justiça social ele deva inclinar sua decisão de modo a favorecer uma das partes, mas sim que não seja impelido pela neutralidade a ponto de decidir a lide sem se preocupar com a realidade na qual ela se insere, nem se entregue ao comodismo da simples reprodução da letra da lei. Segundo Cândido Dinamarco, o juiz deve se portar como ponte entre a literalidade dos textos de lei e a realidade sociológica do momento ao qual eles serão aplicados, sob pena de perder de vista seu objetivo principal, qual seja, a realização da Justiça.²⁵²

Como afirma Barbosa Moreira, imparcialidade não é o mesmo que neutralidade do juiz. Segundo o jurista, uma coisa é pretender que o juiz seja imparcial e não incline a balança da justiça para favorecer, de modo subjetivo, qualquer das partes, outra é pretender que ele seja neutro, e não se importe com o êxito da lide- não no sentido de beneficiar qualquer das partes, mas no sentido de

²⁵⁰ **Código de Processo Civil de 2015:**

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

²⁵¹ CAMBRI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil**: compreensão crítica. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 120.

²⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 348.

que se alcance a melhor justiça da decisão.²⁵³ Nas palavras dele: “ao magistrado zeloso não pode deixar de interessar que o processo leve a desfecho justo; em outras palavras, que saia vitorioso aquele que tem melhor direito”.²⁵⁴

Dizer sobre a função social da Jurisdição, é, para Barbosa Moreira, dizer sobre a essencialidade de duas questões fundamentais: a busca pela igualdade social, com a atenuação das diferenças existentes entre os litigantes, e a otimização do sistema jurídico para fazer prevalecer os interesses coletivos acima dos estritamente individuais.²⁵⁵

A busca pela igualdade diz com a necessidade de se fazer um processo equânime para ambas as partes, atendendo às possíveis insuficiências de ambas, de modo que nenhuma seja beneficiada por sua melhor condição econômica ou social.²⁵⁶ Já a busca pela sobreposição dos interesses coletivos aos privados está diretamente ligada à tendência solidarista adotada pela legislação civil, com o movimento de sua constitucionalização.

Essa atuação jurídica mais responsável e solidária condiz com a proteção dos direitos sociais estabelecidos no art. 6º da Constituição Federal, bem como com a realização do objetivo estabelecido em seu art. 3º, que se refere à busca de uma sociedade livre, justa e solidária. Como bem lembrou Eduardo Cambri, “enclausurar o processo no formalismo dogmático significa, conforme já salientado, negar a justiça substancial, propalada pelo Estado de Bem-Estar Social, contemplada na Constituição Federal de 1988”.²⁵⁷

Sobre a postura esperada pelos aplicadores do Direito, resume Dinamarco:

Espera-se que o processualista, o juiz, o advogado e o promotor de justiça saibam trazer para o mundo de suas atividades e serviços prestados à comunidade os reflexos práticos do pensamento instrumentalista – seja mediante a racional e produtiva colocação dos problemas com que se depara no dia-a-dia de sua experiência, seja contribuindo com a força de sua experiência e vivência destes problemas, para o aperfeiçoamento da legislação processual.²⁵⁸

²⁵³ SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 29.

²⁵⁴ Idem.

²⁵⁵ CAMBRI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil**: compreensão crítica. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 120.

²⁵⁶ Ibidem, p. 121.

²⁵⁷ Ibidem, p. 119.

²⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 363.

Para realização de uma completa análise jurídica de cada caso concreto, é preciso, portanto, que o julgador esteja atento para os anseios da sociedade na qual se insere, bem como se posicione como verdadeiro intérprete da lei com vistas à realização da justiça social, esquivando-se da tentadora comodidade de aplicar procedimentos cômodos mas ineficazes.

Conclui-se que a função social da jurisdição condiz com a legalidade do direito e contribui para sua realização. Isto porque, a ciência processual, antes de ser um fenômeno jurídico, é um fenômeno social.²⁵⁹

²⁵⁹ CAMBRI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil**: compreensão crítica. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 120.

7. CONCLUSÃO

Assim como o consumo, o processo civil foi se transformando com o passar dos anos. Pensado inicialmente como meio de instrumentalizar a reparação de danos específicos causados a um único sujeito, o processo foi paulatinamente se tornando insuficiente para abarcar todas as demandas coletivas suscitadas pela sociedade globalizada, quando pensado apenas para o fim de reparação individualizada.

Os danos de vertente coletiva exigem uma atuação mais responsável e eficaz do Poder Judiciário, uma vez que tratam de interesses de parcelas significativas da sociedade. Justamente por isso, os danos coletivos instam uma análise mais humanizada e com viés solidarista por parte dos magistrados, que devem analisar cada caso concreto não de maneira individualizada, mas sim em consideração com o meio no qual ele se insere, sob pena de não cumprir a função social da responsabilidade civil. Nesta linha de raciocínio, se propugna uma nova maneira de enxergar e aplicar a responsabilidade civil, com as lentes da sociedade de riscos e de hiperconsumo.

O dano social, novo dano civil fruto da hipermodernidade, é suscetível de perpassar todas as relações humanas reguladas pelo direito. No entanto, é no âmbito consumerista, em razão dos diferentes tipos de vulnerabilidade que permeiam a classe consumidora, que eles ocorrem com mais frequência, e exigem uma atuação mais eficiente por parte do Judiciário. Isto porque, trata de situações danosas com grande repercussão social e que, quando repetidas indiscriminadamente, além de causar um prejuízo pessoal ao envolvido, acaba por gerar uma sensação de insegurança geral na população.

Comumente confundido com o dano moral individual e, principalmente, com o dano moral coletivo, o dano social se difere de ambos por questões simples: não precisa do caráter moral para que seja aplicado, além de não ter uma coletividade determinada como vítima, mas sim uma coletividade indeterminada, ligada por circunstâncias fáticas, e não jurídicas. É aplicado, por sua vez, para combater condutas ilícitas ou não exemplares que se repetem constantemente, uma vez que sua frequência causa um mal-estar na sociedade e uma sensação de impunidade, que não combinam com o Estado Democrático de Direito brasileiro e seus objetivos de justiça social propostos na Constituição Federal.

As duas grandes questões problemáticas atinentes ao dano social dizem respeito à sua destinação e legitimidade ativa. Nesse mérito, tem-se que embora faça mais sentido que a destinação da indenização do dano seja feita a um fundo ou instituição, em razão do seu caráter social, a aplicação neste sentido é temerária, uma vez que não possui respaldo legislativo. Portanto, defendeu-se a destinação da condenação ao indivíduo que sofreu o dano e ingressou com a demanda, sob a justificativa de que ele também faz parte da coletividade atingida e, em razão disto, possui legitimidade para pleiteá-lo e recebê-lo.

Visto isso, propugnou-se alguns critérios úteis de condenação. Não é por ser uma ciência humana e não exata que o Direito deve ser aplicado sem a observância de determinados critérios ou regras pré-estabelecidas. Para que o dano social cumpra suas funções precípuas de punir e prevenir, e alcance resultados satisfatórios, é preciso que os critérios utilizados em sua aplicação sejam bem escolhidos e fundamentados. Para uma condenação mais justa e eficaz, é possível combinar as cláusulas gerais da responsabilidade civil com os critérios utilizados para condenação do dano moral, e com aqueles utilizados pelos países de tradição *Common Law* para aplicar os *punitives damages*.

O que se defendeu no presente trabalho é, portanto, uma correta aplicação dos institutos da responsabilidade civil de acordo com sua nomenclatura e função- principalmente no que diz respeito ao dano social- para que sejam respeitadas as suas finalidades e critérios de aplicação. O Judiciário deve se valer corretamente de seus institutos, aplicando-os de forma harmônica com o contexto social no qual se inserem.

Conclui-se que o dano social tem características próprias, e não se confunde com as demais espécies de dano previstas no ordenamento jurídico. Revela-se um importante instrumento na busca por uma tutela mais efetiva da classe consumidora, mas que, todavia, deve ser corretamente utilizado pelo Poder Judiciário até que seja efetivamente regulado pelo Legislativo.

REFERÊNCIAS

- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). **Coleção Atlas de Processo Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O código civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- BAUMAN, Zigmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidade**. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BLAINEY, Geoffrey. **Uma breve história do mundo**. São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2010.
- BOXER, Charles. **O império marítimo português**. Tradução de Anna Olga de Barros Barreto. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- BRASIL. Código Civil de 1916. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Rio de Janeiro, RJ: 1916.
- _____. Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF: 2002.
- _____. Código de Direito do Consumidor. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Brasília, DF: 1990.
- _____. Código de Processo Civil. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Brasília, DF: 1973.
- _____. Código de Processo Civil de 2015. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, DF: 2015.
- _____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. **Lei Delegada n° 4 de 1962**. Brasília, DF: 1962.

_____. **Lei 4.137, de 23 de novembro de 1962**. Brasília, DF: 1962.

_____. **Lei 7.347, de 24 de julho de 1985**. Brasília, DF: 1985.

_____. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Brasília, DF: 1995.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. **Informativo de Jurisprudência n° 0552**. 17 dez. 2014. Disponível em:
<<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22dano+social%22&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>> . Acesso em: 08 de novembro de 2015.

CAMBRI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil**: compreensão crítica. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**: introdução e função do processo civil. Vol. I. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 1 ed. São Paulo: Classic Book, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. Transformações do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira, et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar da civilização**. Tradução de Paulo César de Souza. 1 ed. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011.

GALBRAITH, John Kenneth. **Anatomia do poder**. Tradução de Hilário Torloni. 2 ed. São Paulo: Pioneira, 1986.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Responsabilidade civil**. Atualização de Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUGLINSKI, Vitor. **Breve histórico do direito do consumidor e origens do CDC**. Disponível em: <<http://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/112106596/breve-historico-do-direito-do-consumidor-e-origens-do-cdc>>. Acesso em: 22 de setembro de 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

HOBBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções**: 1789- 1848. Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

JARLETTI, Andressa. Cobrar, pode, mas devedor não pode ter direitos violados. Curitiba: 2015. **Gazeta do Povo**, Curitiba, edição eletrônica, 05 nov. 2015. Entrevista concedida a Carolina Pompeo. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/consumidor/cobrar-pode-mas-devedor-nao-pode-ter-direitos-violados-9wlxy3qqhgxxospdqhishana>> . Acesso em: 08 de novembro de 2015.

LIPOVETSKY, Gilles. **O crepúsculo do dever**: a ética indolor dos novos tempos democráticos. Tradução de Fátima Gaspar e Carlos Gaspar. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1994.

_____. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Las normas fundamentales de derecho privado**. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores. [s.d.].

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Porto Alegre: Síntese, v. 36, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o direito brasileiro. **R. CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 6 d outubro de 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Temas de direito processual civil: sétima série**. São Paulo: Saraiva, 2001.

NATIONAL CONSUMERS LEAGUE. **A look back on 100+ years of Advocacy**. Disponível em: <<http://www.nclnet.org/history>>. Acesso em: 4 de novembro de 2015.

NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo, Saraiva: 2015.

PARANÁ. Comarca de União da Vitória. Juizado Especial Cível de União da Vitória. **Processo n. 6503-28.2013.8.16.0174**. Juíza Jeane Carla Furlan. União da Vitória, 11 ago. 2014. Disponível em: <<https://projudi.tjpr.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 24 de outubro de 2015.

_____. Tribunal de Justiça. 3º Turma Recursal em Regime de Exceção. **Acórdão n. 8488-04.2014.8.16.0075**. Relator: Juíza Renata Ribeiro Bau. Curitiba, 9 mar. 2015. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>> . Acesso em: 23 de outubro de 2015.

_____. Tribunal de Justiça. 3º Turma Recursal em Regime de Exceção. **Acórdão n. 713-10.2015.8.16.0072**. Relator: Juíza Renata Ribeiro Bau. Curitiba, 7 out. 2015. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>> . Acesso em: 21 de outubro de 2015.

_____. Tribunal de Justiça. 1º Turma Recursal. **Acórdão n. 6503-28.2013.8.16.0174**. Relator: Juíza Renata Ribeiro Bau. Curitiba, 9 mar. 2015. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>> . Acesso em: 21 de outubro de 2015.

_____. Tribunal de Justiça. 1º Turma Recursal. **Acórdão n. 0004608-32.2013.8.16.0174**. Relator: Juíza Amanda Vaz Cortesi. 24 abr. 2015. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>> . Acesso em: 23 de outubro de 2015.

_____. Tribunal de Justiça. 1º Turma Recursal. **Acórdão n. 0004132-91.2013.8.16.0174**. Relator: Juíza Fernanda de Quadros Jorgensen Geronasso. 03 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>> . Acesso em: 08 de novembro de 2015.

_____. Tribunal de Justiça. 1ª Turma Recursal. **Acórdão n. 0000532-28.2014.8.16.0174**. Relator: Juiz Leo Henrique Furtado Araújo. 19 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>> . Acesso em: 08 de novembro de 2015.

_____. Tribunal de Justiça. 1º Turma Recursal. **Acórdão n. 0006203-66.2013.8.16.0174**. Relator: Letícia Guimarães. Curitiba, 12 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>> . Acesso em: 21 de outubro de 2015.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Helena Elias. **Função social e responsabilidade civil**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3323fe11e9595c09>>. Acesso em: 7 de outubro de 2015.

RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Dilemas de uma sociedade de risco: a causa dos danos e a reparação integral da vítima. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.) **Diálogos sobre direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

RUZYC, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira, et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 4ª Câmara de Direito Privado. **Acórdão n.0027158-41.2010.8.26.0564**. Relator: Desembargador Teixeira Leite. São Paulo, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>> . Acesso em: 22 de outubro de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e causas. Vol. I. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SOTO, Paulo Neves. Novos perfis do direito contratual. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira, et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TARTUCE, Flávio. Reflexões sobre o dano social. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 59, nov. 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3537>. Acesso em: 15 de setembro de 2015.

_____. **Direito Civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. Vol. II. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. A análise consequencialista no processo de tomada de decisões judiciais a partir da obra de Ricardo L. Lorenzetti. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.) **Diálogos sobre direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

VIEIRA, Fernando Borges. **O Direito do Consumidor no Brasil e sua breve história**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI163956,21048-O+Direito+do+Consumidor+no+Brasil+e+sua+breve+historia>> . Acesso em: 4 de novembro de 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol. I. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1967.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.